sui generis

ES DE MISE
DROIT
AL PAR LES
SES

# Les mécanismes de mise en œuvre du droit international par les cantons suisses

## Études de cas dans les domaines des droits humains et des accords bilatéraux Suisse-UE

Constance Kaempfer

Prix de la Société suisse pour les questions parlementaires (SSP) 2023

Notes sur la version numérique de ce livre :

- La version numérique (Open Access) est disponible sur le site de la maison d'édition (www.suigeneris-verlag.ch), sur Google Books et directement via le Digital Object Identifier (DOI). Le DOI de ce livre est indiqué dans les mentions légales.
- Tous les articles juridiques ainsi que tous les arrêts de tribunaux et les décisions de l'autorité librement accessibles sont liés dans la version numérique.
- Les auteurs utilisent souvent des liens vers d'autres sources dans leurs manuscrits. Ceux-ci ne sont pas imprimés dans les livres mais sont inclus sous forme d'hyperliens dans la version digitale.
- Les liens permanents sont utilisés pour créer des liens. Il s'agit de liens vers une version archivée des pages web au moment de l'établissement du lien. Les liens sont persistants, c'est-à-dire qu'ils fonctionnent toujours même si la page d'origine n'est plus accessible et leur contenu ne change pas si la page d'origine change.

Constance Kaempfer

# Les mécanismes de mise en œuvre du droit international par les cantons suisses

## Études de cas dans les domaines des droits humains et des accords bilatéraux Suisse-UE

sui generis, Zurich 2023

*« Penser global, agir local. »*
René Dubos, Sommet de la Terre de Stockholm, 1972.

*À Noé et Raphaël*

# Remerciements

En premier lieu, je tiens à exprimer ma profonde gratitude à ma directrice de thèse, la Professeure Evelyne Schmid. Je lui dois tout d'abord le sujet de la présente thèse, qu'elle a élaboré dans le cadre de deux projets FNS successifs. Je la remercie également de sa très grande disponibilité, de ses encouragements et de ses conseils toujours extrêmement pertinents. Sa rigueur et son sens impressionnant de l'organisation m'ont permis d'avancer de manière régulière et de rédiger cette thèse dans des conditions très agréables.

Je remercie Mmes les Professeures Véronique Boillet, Anna Petrig et Judith Wyttenbach et M. le Professeur Francesco Maiani, qui ont accepté de siéger dans mon jury de thèse. Leurs précieux commentaires, questions et réflexions m'ont permis d'étoffer mes réflexions et d'améliorer le présent travail.

La présente thèse s'inscrit dans un projet de recherche du Fonds national suisse de la recherche scientifique (Projet FNS 182148). Je remercie ici cette institution de son soutien. Participent également à ce projet M. le Professeur Martino Maggetti, M. le Dr Jonathan Miaz et M. Matthieu Niederhauser. Les nombreuses rencontres et discussions menées avec eux dans le cadre de ce projet ainsi que leurs réflexions et relectures ont contribué dans une large mesure aux résultats du présent travail. Je les en remercie ici vivement.

Les retours que j'ai obtenus au cours de mes recherches de la part de MM. les Professeurs Thomas Müller et Matthew Saul, de Mme la Professeure Alice Donald, de M. le Dr Daniel Rietiker et de Mme la Dre Simone Wegmann ont aussi contribué à améliorer la qualité de ce travail. Qu'ils soient chaleureusement remerciés pour le temps qu'ils m'ont consacré ainsi que pour leurs réflexions.

Plusieurs personnes ont accepté de relire et corriger ce travail dans sa dernière version. À ce titre, je remercie chaleureusement Arnaud Nussbaumer, Tali Paschoud, Stéphanie Junod, Jelena Protic, Sophie Thirion, mes parents Claire Jaquier Kaempfer et Jean Kaempfer et ma sœur, Lucie Kaempfer. Je remercie également Jean Perrenoud d'avoir effectué une relecture finale de l'entier du manuscrit, avec une très grande précision.

Je remercie aussi mes collègues de bureau pour l'entraide, les débats philosophiques, le soutien, les innombrables cafés, les rires. Grâce à elles et eux, je garderai un souvenir exceptionnel de ces années dédiées à la rédaction de ma thèse de doctorat. Merci à Sophie, Raphaël, Constance, Narges, Jelena, Carlotta, Hana, Marzia, Daniela, Riccardo, Claudio, Raphaël, Marta, Christina, Jonas, Alexandra, Maha, Corinne, Sofia, Silvio, Csilla.

Dans le cadre de mes recherches, j'ai effectué plusieurs entretiens avec des acteurs et actrices de la mise en œuvre du droit international. Je les remercie ici de m'avoir accordé leur temps et de m'avoir permis d'enrichir mes réflexions grâce à leur expérience pratique. La liste de ces personnes figure en annexe au présent travail.

Enfin, je remercie Youssri de m'avoir accompagnée tout au long de la rédaction de ce travail. Ces remerciements ne seraient pas complets sans mentionner Noé et Raphaël, qui me donnent de l'énergie et de la motivation chaque matin, dès le lever du jour (ou même un peu avant).

Lausanne, mars 2023
*Constance Kaempfer*

# Sommaire

# Table des matières

# Table des abréviations

| | |
|---|---|
| AAS | Accord d'association de la Suisse à Schengen |
| AELE | Association européenne de libre-échange |
| AG | Canton d'Argovie |
| AI | Canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures |
| AICPS | Accord intercantonal sur la collaboration dans le domaine de la pédagogie spécialisée |
| al. | alinéa(s) |
| AIMP | Accord intercantonal sur les marchés publics |
| AiMp | Autorité intercantonale pour les marchés publics |
| ALCP | Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes |
| AMP | Accord sur les marchés publics |
| AR | Canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures |
| ARE | Office du développement territorial |
| art. | article(s) |
| ATF | Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral |
| BE | Canton de Berne |
| BFEG | Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes |
| BL | Canton de Bâle-Campagne |
| BO | Bulletin officiel |
| BS | Canton de Bâle-Ville |
| c. | considérant(s) |
| CAAS | Convention d'application de l'Accord de Schengen |
| CCDJP | Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police |
| CdC | Conférence des gouvernements cantonaux |
| CDE | Convention relative aux droits de l'enfant |
| CDH | Comité des droits de l'homme |
| CDI | Commission de droit international |
| CDIP | Conférence des directrices et directeurs cantonaux de l'instruction publique |
| CDPH | Convention relative aux droits des personnes handicapées |
| CEDEF | Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes |
| CEDH | Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales |

| | |
|---|---|
| CEDS | Comité européen des droits sociaux |
| CERD | Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale |
| CESCR | Comité des droits sociaux, économiques et culturels |
| CIJ | Cour internationale de justice |
| CN | Conseil national |
| CoParl | Convention relative à la participation des Parlements cantonaux dans le cadre de l'élaboration, de la ratification, de l'exécution et de la modification des conventions intercantonales et des traités des cantons avec l'étranger |
| CourEDH | Cour européenne des droits de l'homme |
| CPJI | Cour permanente de justice internationale |
| CSDH | Centre suisse de compétence pour les droits humains |
| CSE | Charte sociale européenne |
| Cst. | Constitution fédérale de la Confédération suisse |
| CVT | Convention de Vienne sur le droit des traités |
| DTAP | Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement |
| DUDH | Déclaration universelle des droits de l'homme |
| éd. | éditeur(s)/éditrice(s) |
| EEE | Espace économique européen |
| EPU | Examen Périodique Universel |
| et al. | et alii |
| etc. | et caetera |
| FF | Feuille fédérale |
| FNS | Fonds national suisse de la recherche scientifique |
| FR | Canton de Fribourg |
| GE | Canton de Genève |
| GL | Canton de Glaris |
| GR | Canton des Grisons |
| JAAC | Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération |
| JdT | Journal des tribunaux |
| JU | Canton du Jura |
| LAT | Loi fédérale sur l'aménagement du territoire |
| let. | lettre(s) |
| LFPC | Loi fédérale sur la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération |
| LLCA | Loi fédérale sur la libre circulation des avocats |
| LMI | Loi fédérale sur le marché intérieur |

| | |
|---|---|
| LSCN | Loi neuchâteloise sur le stationnement des communautés nomades |
| LU | Canton de Lucerne |
| N | Note(s) marginale(s) |
| NE | Canton de Neuchâtel |
| NW | Canton de Nidwald |
| OASD | Organisation d'accompagnement à Schengen/Dublin |
| OAT | Ordonnance sur l'aménagement du territoire |
| OFC | Office fédéral de la culture |
| OFJ | Office fédéral de la justice |
| OMC | Organisation mondiale du commerce |
| ONG | Organisation non gouvernementale |
| ONU | Organisation des Nations Unies |
| OW | Canton d'Obwald |
| p./pp. | page(s) |
| Pacte ONU I | Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels |
| Pacte ONU II | Pacte international relatif aux droits civils et politiques |
| para. | paragraphe |
| PJA | Pratique juridique actuelle |
| RDS | Revue de droit suisse |
| RGPD | Règlement général de l'UE sur la protection des données |
| RS | Recueil systématique |
| RSDIE | Revue suisse de droit international et de droit européen |
| RSJ | Revue Suisse de Jurisprudence |
| SG | Canton de Saint-Gall |
| SH | Canton de Schaffhouse |
| SO | Canton de Soleure |
| SZ | Canton de Schwyz |
| TF | Tribunal fédéral |
| TG | Canton de Thurgovie |
| TI | Canton du Tessin |
| UE | Union européenne |
| UR | Canton d'Uri |
| VD | Canton de Vaud |
| VS | Canton du Valais |
| ZG | Canton de Zoug |
| ZBl | Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht |
| ZH | Canton de Zurich |

# Bibliographie

## Doctrine

ABDERHALDEN, URSULA, Möglichkeiten und Grenzen der interkantonalen Zusammenarbeit: unter besonderer Berücksichtigung der Internationalen Integration der Schweiz, Fribourg, 1999.

AEMISEGGER, HEINZ / KISSLING, SAMUEL, Art. 38, in Aemisegger, Heinz / Moor, Pierre / Ruch, Alexander / Tschannen, Pierre (éd.), Commentaire Pratique LAT : planifier l'affectation, Zurich, 2016.

AKANDJI-KOMBE, JEAN-FRANÇOIS, Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 2006.

ALBERTINI, MICHELE, La protection des données et Schengen : une vision de l'expérience suisse, Jusletter 6 mai 2013.

ALSTON, PHILIP / QUINN, GERARD, The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Human Rights Quarterly 9 (1987), 156ss.

ALTWICKER, TILMANN / DIGGELMANN, OLIVER, How Is Progress Constructed in International Legal Scholarship?, The European Journal of International Law 25 (2014), 425ss.

ALVAREZ, JOSE E., Introducing the Themes, Victoria University of Wellington Law Review 38 (2007), 159ss.

AMMANN, ODILE
- Rechtswissenschaft und Politik: Fliessende Grenzen? Überlegungen zur wissenschaftlichen Unabhängigkeit, in Walter Köhler, Thomas / Mertens, Christian (éd.), Jahrbuch Für Politische Beratung 2019/2020, Vienne, 2020a.
- Domestic Courts and the Interpretation of International Law. Methods and Reasoning Based on the Swiss Example, Leiden, 2020b.

ANASTASIOU, DIMITRIS / GREGORY, MICHAEL / KAUFFMAN, JAMES M., Art. 24, in Bantekas, Ilias / Stein, Michael Ashley / Anastasiou Dimitris (éd.), The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary, Oxford, 2018.

ANGST, DORIS, The Effect of the Framework Convention for the Protection of National Minorities on the Position of the Swiss Yenish, in Ziegler, Andreas R. / Kuffer, Julie (éd.), Minorités et le droit : Mélanges en l'honneur du Professeur Barbara Wilson = Minorities and the Law. Liber Amicorum for Professor Barbara Wilson, Genève, Zurich, Bâle, 2016, 111ss.

AUBERT, JEAN-FRANÇOIS / MAHON, PASCAL, Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse, Zurich, 2003.

AUSTIN, JOHN, Lectures on Jurisprudence. Or the Philosophy of Positive Law, Londres, 1885.

AZEVEDO, ISABEL / DELARUE, ERIK / MEEUS, LEONARDO, Mobilizing Cities Towards a Low-Carbon Future: Tambourines, Carrots and Sticks, Energy Policy 61 (2013), 894–900.

BEACH, DEREK / PEDERSEN, RASMUS BRUN, Process-Tracing Methods, Michigan, 2019.

BEAUDE, JOSEPH, Mécanisme, philosophie, Encyclopaedia Universalis.

BEENAKKER, EMILE BERNARD, The Implementation of International Law in the National Legal Order: A Legislative Perspective, Bodegraven, 2018.

BELSER, EVA MARIA, Accommodating National Minorities in Federal Switzerland – Old Concepts Meet New Realities, in Gagnon, Alain G. / Burgess, Michael (éd.), Revisiting Unity and Diversity in Federal Countries, Leiden, 2018.

BELSER, EVA MARIA / EGLI, SANDRA, Les atouts du fédéralisme pour les droits humains, in Centre Suisse de compétence pour les droits humains (éd.), Renforcer les droits humains en Suisses, Nouvelles idées pour la politique et la pratique, Kölliken, 2022.

BELSER, EVA MARIA / EPINEY, ASTRID / WALDMANN, BERNHARD, Datenschutzrecht. Grundlagen und Öffentliches Recht, Berne, 2011.

BELSER, EVA MARIA / MINDER, LILIANE, Kurzgutachten zum Bundesgerichtsentscheid 145 I 73, Institut du fédéralisme (éd.), Fribourg, 2019.

BENOIT, ANNE, Le partage vertical des compétences en tant que garant de l'autonomie des États fédérés en droit suisse et en droit américain, Zurich, 2009.

BESSON, SAMANTHA
- La constitution de la société civile, Revue Fribourgeoise de Jurisprudence (2005), 323ss.
- Sovereignty, International Law and Democracy, European Journal of International Law 22 (2011), 373-387.
- The Erga Omnes Effect of Judgments of the European Court of Human Rights. What's in a Name?, in Besson, Samantha (éd.), La Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole 14 : premier bilan et perspectives = The European Court of Human Rights after Protocol 14. Preliminary Assessment and Perspectives, Zurich, 2011, 125ss.
- Structure et nature des droits de l'homme, in Hertig Randall, Maya / Hottelier, Michel (éd.), Introduction aux droits de l'homme, Zurich, 2014a, 19ss.
- Droits de l'homme et fédéralisme : une introduction thématique, in Besson, Samantha / Belser, Eva Maria (éd.), La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons, Genève, Zurich, Bâle, 2014b, 7ss.
- State Consent and Disagreement in International Law-Making. Dissolving the Paradox, Leiden Journal of International Law 29 (2016), 289-316.
- Droit international public, Berne, 2019a.
- Droit constitutionnel européen : précis de droit et résumés de jurisprudence, Berne, 2019b.

BESSON, SAMANTHA / BELSER, EVA MARIA, La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons / Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone, Genève, Zurich, Bâle, 2014.

BESSON, SAMANTHA / KLEBER, ELEONOR, Art. 2, in Tobin, John (éd.), The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary, Oxford, 2019.

BETTS, ALEXANDER, From Persecution to Deprivation. How Refugee Norms Adapt at Implementation, in Betts, Alexander / Orchard, Phil (éd.), Implementation and World Politics : How International Norms Change Practice, Oxford, 2014, 29ss.

BETTS, ALEXANDER / ORCHARD, PHIL
- Introduction. The Normative Institutionalization-Implementation Gap, in Betts, Alexander / Orchard, Phil (éd.), Implementation and World Politics. How International Norms Change Practice, Oxford, 2014, 1ss.
- Conclusions, in Betts, Alexander / Orchard, Phil (éd.), Implementation and World Politics. How International Norms Change Practice, Oxford, 2014, 269ss.

BIAGGINI, GIOVANNI
– Das Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, in Thürer, Daniel / Weber, Wolf H. / Portmann, Wolfgang / Kellerhals, Andreas (éd.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz–EU : Handbuch, Zurich, 2007, 651ss.
– BV Kommentar, Zurich, 2017.

BLATTER, JOACHIM / BLUME, TILL, In Search of Co-variance, Causal Mechanisms or Congruence? : Towards a Plural Understanding of Case Studies, Swiss political science review 14/2 (2008), 315ss.

BLATTER, JOACHIM, Two Distinct Methods Beyond the Statistical Method Writ Small?, European Political Science 12 (2013), 10ss.

BLATTER, JOACHIM / HAVERLAND, MARKUS, Case Studies and (Causal-) Process Tracing, in Engeli, Isabelle / Rothmayr, Christine (éd.), Comparative Policy Studies. Conceptual and Methodological Challenges, Hampshire, New York, 2014, 59ss.

BOHNET, FRANÇOIS / MARTENET, VINCENT, Droit de la profession d'avocat, Berne, 2009.

BOILLAT, PHILIPPE, Quelques observations sur la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, Pratique juridique actuelle PJA 1995, 1283ss.

BOILLET, VÉRONIQUE, Art. 19, in Amarelle, Cesla / Nguyen, Minh Son (éd.), Code annoté de droit des migrations : Volume III : Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), Berne, 2014.

BOLLEYER, NICOLE, Why Legislatures Organise. Inter-Parliamentary Activism in Federal Systems and Its Consequences, The Journal of Legislative Studies 16 (2010), 411ss.

BONDOLFI, SIBILLA, La Suisse et la Cour européenne des droits de l'homme: une relation tumultueuse.

BOTHE, MICHAEL, Compliance, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford, 2010.

BOYLE, ALAN, Soft Law in International Law-Making, in Evans, Malcolm D. (éd.), International Law, Oxford, 2018, 119ss.

BRODERICK, ANDREA, Art. 4, in Bantekas, Ilias / Stein, Michael Ashley / Anastasiou Dimitris (éd.), The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary, Oxford, 2018.

BUCHANAN, ALLEN E., The Legitimacy of International Law, in Besson, Samantha / Tasioulas, John (éd.), The Philosophy of International Law, Oxford, 2010, 79ss.

BUERGENTHAL, THOMAS, Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law, Collected Courses of the Hague Academy of International Law 235 (1992), 309ss.

BUSER, DENISE, Kantonales Staatsrecht. Eine Einführung für Studium und Praxis, Bâle, 2011.

BYRNE, BRONAGH, Art. 23, in Tobin, John (éd.), The UN Convention on the Rights of the Child. A Commentary, Oxford, 2019.

CALFISCH, LUCIUS, La pratique suisse en matière de droit international public 2011, Direction du droit international public, Berne, 2013.

CARRARO, VALENTINA, Promoting Compliance with Human Rights. The Performance of the United Nations' Universal Periodic Review and Treaty Bodies, International Studies Quarterly, 63(4), 1079ss.

CASSESE, ANTONIO
- International Law, Oxford, New York, 2005.
- Towards a Moderate Monism. Could International Rules Eventually Acquire the Force to Invalidate Inconsistent National Laws?, in Cassese, Antonio (éd.), Realizing Utopia : The Future of International Law, Oxford, 2012, 187ss.
- Realizing Utopia : The Future of International Law, Oxford, 2012.

CENTRE SUISSE DE COMPÉTENCE POUR LES DROITS HUMAINS (CSDH),
- Les Institutions nationales des droits humains (INDH) en bref, 2017.
- Rapport annuel, 2019.

CHANG, BRIAN, Global Developments in the Role of Parliaments in the Protection and Promotion of Human Rights and the Rule of Law: An Emerging Consensus, Swindon, 2017.

CHATTON, GREGOR T., Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels, Genève, 2013.

CHAYES, ABRAM / CHAYES, ANTONIA H., The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements, Cambridge, 1995.

CHEVALLIER, JACQUES, Institutions politiques, Paris, 1996.

CHINKIN, CHRISTINE, Sources, in Moeckli, Daniel / Shah, Sangeeta / Sivakumaran,Sandesh / Harris David (éd.), International Human Rights Law, Oxford, 2018, 63ss.

CLERC, EVELYNE, Art. 5 LMI, in Martenet, Vincent / Bovet Christian / Tercier Pierre (éd.), Commentaire romand du droit de la concurrence, Bâle, 2012.

CORNU, ANNE, Les aspects institutionnels des accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin, in Kaddous, Christine / Jametti Greiner, Monique (éd.), Accords Bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents = Bilaterale Abkommen II Schweiz-EU und andere neue Abkommen, Genève, 2006, 207ss.

CORTEN, OLIVIER, Méthodologie du droit international public, Bruxelles, 2017.

COSSALI SAUVAIN, MONIQUE, Mécanismes de mise en œuvre prévus par la loi fédérale sur la protection des données : le point de vue de l'OFJ, in Epiney, Astrid / Nüesch, Daniela (éd.), Durchsetzung der Rechte der betroffenen im Bereich des Datenschutzes = La mise en œuvre des droits des particuliers dans le domaine de la protection des données, Zurich, Bâle, Genève, 2015, 125ss.

COTTIER, MICHELLE

- Adapting Inheritance Law to Changing Social Realities. Questions of Methodology from a Comparative Perspective, Oñati Socio-Legal Series 2 (2014), 196ss.
- Activité législative en droit civil et droit comparé : vers une approche socio-juridique, in Hottelier, Michel / Hertig Randall, Maya / Flückiger, Alexandre (éd.), Etudes en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel, Entre droit constitutionnel et droit administratif : questions autour du droit de l'action publique, Genève, 2019, 79ss.
- Zur rechtssoziologischen Vermessung der Abschaffung, Transformation und Entformalisierung von Recht. Eröffnungsvortrag zum Vierten Kongress der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen « Abschaffung des Rechts? », Universität Basel, 13. September 2018, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1-2 (2021), 241ss.

COTTIER, THOMAS / DIEBOLD, NICOLAS / KÖLLIKER, ISABEL / LIECHTI-MCKEE, RACHEL / OESCH, MATTHIAS / PAYOSOVA, TETYANA / WÜGER, DANIEL, Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, Berne, 2014.

COTTIER, THOMAS / WAGNER, MANFRED, Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM), Aktuelle Juristische Praxis 1995, 1582 ss.

CRAWFORD, JAMES
- Brownlie's Principles of Public International Law, Oxford, 2012.
- State Responsibility. The General Part, Cambridge, 2013.

CROOTOF, REBECCA, Judicious Influence. Non-Self-Executing Treaties and the "Charming Betsy" Canon, The Yale Law Journal 120/7 (2011), 1784ss.

CUMYN, MICHELLE / GOSSELIN, FREDERIC, Les catégories juridiques et la qualification : une approche cognitive, McGill Law Journal 62 (2016), 329ss.

DAILLIER, PATRICK / FORTEAU, MATHIAS / PELLET, ALAIN, Droit international public, Paris, 2009.

DARI MATTIACCI, GIUSEPPE / DE GEEST, GERRIT, Carrots vs. Sticks, in Parisi, Francesco (éd.), Methodology and Concepts, Oxford, New York, 2017.

DAVIDSON, NATALIE R., Process-tracing the Meaning of International Human Rights Law, in Deplano, Rossana / Tsagourias, Nicholas (éd.), Research Methods in International Law. A Handbook, Cheltenham, Northampton, 2021, 228ss.

DE BECO, GAUTHIER
- Non-judicial Mechanisms for the Implementation of Human Rights in the European States, Bruxelles, 2010.
- Comprehensive Legal Analysis of Article 24 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, in De Beco, Gauthier / Quinlivan, Shivaun / Lord, Janet E. (éd.), The Right to Inclusive Education in International Human Rights Law, Cambridge, 2019, 58ss.

DE GASPARO, CHRISTINE / RÖTHLISBERGER, SIMON, Rapport 2021 : Aires d'accueil pour les Yéniches, Sintés et Roms nomades en Suisse : Situation actuelle et nécessité d'agir, Berne, 2021.

DE GEEST, GERRIT / DARI-MATTIACCI, GIUSEPPE, The Rise of Carrots and the Decline of Sticks, The University of Chicago Law Review 80 (2013), 341ss.

DE WINTER, LIEVEN, Government Declaration and Law Production, in Hallerberg, Mark / Döring, Herbert (éd.), Patterns of Parliamentary Behavior. Passage of Legislation across Western Europe, Londres, New York, 2004, 35ss.

DELLA FINA, VALENTINA
- Article 1, in Della Fina, Valentina / Cera, Rachele / Palmisano, Giuseppe (éd.), The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary, 2018a
- Article 3, in Della Fina, Valentina / Cera, Rachele / Palmisano, Giuseppe (éd.), The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary, 2018b.

DENZA, EILEEN, The Relationship between International and National Law, in Evans, Malcolm D. (éd.), International law, Oxford, 2018.

DEPLANO, ROSSANA / TSAGOURIAS, NICHOLAS, Introduction, in Deplano, Rossana / Tsagourias, Nicholas (éd.), Research Methods in International Law. A Handbook, Cheltenham, Northampton, 2021, 1ss.

DERUNGS, FLURINA / LUTHI, JANINE / SCHNEGG, BRIGITTE (†) / WENGER, NADINE / GANZFRIED, MIRIAM, Égalité entre femmes et homme : Plan d'action de la Suisse : Bilan 1999–2014, Berne, 2014.

DIEHL, PAUL F. / KU, CHARLOTTE, The Dynamics of International Law, Cambridge, 2010.

DOMINICÉ, CHRISTIAN, Fédéralisme coopératif, Rapports et communications de la Société suisse des juristes 103 (1969), 743ss.

DONALD, ALICE / LEACH, PHILIP, Parliaments and the European Court of Human Rights, Oxford, 2016.

DONALD, ALICE / LONG, DEBRA / SPECK, ANNE-KATRIN, Identifying and Assessing the Implementation of Human Rights Decisions, Journal of Human Rights Practice 12 (2020), 125ss.

DONALD, ALICE / SPECK, ANNE-KATRIN, The Dynamics of Domestic Human Rights Implementation. Lessons from Qualitative Research in Europe, Journal of Human Rights Practice 12 (2020), 48ss.

DORMENVAL, AGNÈS, Procédures onusiennes de mise en œuvre des Droits de l'Homme : limites ou défauts, Paris, 1991.

DUBEY, JACQUES, Art. 164, in Martenet, Vincent / Dubey, Jacques (éd.), Commentaire romand de la Constitution fédérale : art. 81 Cst. – dispositions finales, Bâle, 2021.

DUPUY, PIERRE-MARIE, International Law and Domestic (Municipal) Law, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford, 2012.

ECOFFEY, ROLAND / ROULET, CHRISTOPHE / JUBIN, SERGE / MEUWLY, OLIVIER / AFFOLTER, SIMON / FASEL, SYLVIE / MINGER, THOMAS, Reflets de la 5ème Conférence nationale sur le fédéralisme, Grandson, 2017.

EDWARDS, MICHAEL, Introduction. Civil Society and the Geometry of Human Relations, in Edwards, Michael (éd.), The Oxford Handbook of Civil Society, Oxford, 2011, 3ss.

EGBUNA-JOSS, ANDREA / KÄLIN, WALTER, Mise en œuvre des recommandations internationales en matière de droits humains au sein d'un État fédéral : Perspectives concernant le suivi des « Observations finales » formulées par les organes de traités de l'ONU en Suisse, Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Berne, 2012.

EGGER, CHRISTIANE, Renovation as Driver for Economic Growth. The Experiences in Upper Austria.

EGGER, CHRISTIANE / ÖHLINGER, CHRISTINE / AUINGER, BETTINA / BRANDSTÄTTER, BRIGITTE /DELL, GERHARD, Carrots, Sticks and Tambourines. How Upper Austria Became the World's Leading Solar Thermal Market, Linz, 2010.

EHLE, BERND / SECKLER, DOROTHEA, Die Freizügigkeit europäischer Anwälte in der Schweiz, Anwaltsrevue 6-7 (2005), 269ss.

EIGENMANN, THOMAS / GAUDENZ, JON, Gens du voyage et aménagement du territoire, Rapport 2015, St-Gall, 2016.

EPINEY, ASTRID / BLASER, GAETAN, Art. 1, in Amarelle, Cesla / Nguyen, Minh Son (éd.), Code annoté de droit des migrations : Volume III : Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), Berne, 2014.

ETONE, DAMIAN, The Human Rights Council in Africa. The Impact of the Universal Periodic Review, New York, 2020.

EVRARD, AURELIEN / GOURGUES, GUILLAUME / RIBEMONT, THOMAS, Acteurs, in Boussaguet Laurie / Jacquot, Sophie / Ravinet, Pauline (éd.), Dictionnaire des politiques publiques, Paris, 2019.

FARBER, DANIEL A., The Implementation Gap in Environmental Law, Journal of Korean Law 16/1 (2016), 3ss.

FAVRE, BRIAN, Les droits subjectifs fondamentaux des primates respectent le sens et l'esprit du droit suisse – Commentaire de l'ATF 147 I 183, Droit de l'environnement dans la pratique 2021, 553ss.

FELDER, DANIEL
- Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels, in Kaddous, Christine / Felder, Daniel (éd.), Accords bilatéraux Suisse – UE (Commentaires), Genève, 2001, 117ss.
- Cadre institutionnel et dispositions générales des Accords bilatéraux II, in Kaddous, Christine / Jametti Greiner, Monique (éd.), Accords Bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents = Bilaterale Abkommen II Schweiz-EU und andere neue Abkommen, Genève, 2006, 93ss.

FELLMANN, WALTER, Anwaltsrecht, Berne, 2017.

FETZ, MARCO, La révision de l'ordonnance sur les marchés publics, La Vie économique 2010/3, 24ss.

FITZMAURICE, MALGOSIA
- The Practical Working of the Law of Treaties, in Evans, Malcolm D. (éd.), International Law, Oxford, 2018.
- Treaties, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford, 2021.

FONDATION ASSURER L'AVENIR DES GENS DU VOYAGE SUISSES, À propos de la fondation « Assurer l'avenir des gens du voyage suisses ».

FRANCK, THOMAS M., Fairness in International Law and Institutions, Oxford, 1997.

FRASER, JULIE
- Challenging State-centricity and Legalism. Promoting the Role of Social Institutions in the Domestic Implementation of International Human Rights Law, International Journal of Human Rights 23/6 (2019), 974ss.
- Social Institutions and International Human Rights Law Implementation: Every Organ of Society, Cambridge, 2020.

FREEMAN, MARSHA A. / CHINKIN, CHRISTINE / RUDOLF, BEATE, The UN Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women. A Commentary, Oxford, 2012.

FUCHS, GESINE, Gleichstellungspolitik in der Schweiz. Einführung in ein umstrittenes Politikfeld, Opladen, Berlin, Toronto, 2018.

GARDOU, CHARLES, La société inclusive, parlons-en ! Il n'y a pas de vie minuscule, Toulouse, 2012.

GARRIGOU-LAGRANGE, JEAN-MARIE, L'obligation de légiférer, in L.G.D.J. (éd.), Mélanges Philippe Ardant : Droit et politique à la croisée des cultures, Paris, 1999.

GAVA, ROY / JAQUET, JULIEN / SCIARINI, PASCAL, Legislating or Rubber-stamping? Assessing Parliament's Influence on Law-making with Text Reuse, European Journal of Political Research 60/1 (2021), 175ss.

GERRING, JOHN, Causal Mechanisms: Yes, But, Comparative Political Studies 43/11 (2010), 1499ss.

GONIN, LUC, Droit constitutionnel suisse, Zurich, 2021.

GRAY, JULIA, Domestic Capacity and the Implementation Gap in Regional Trade Agreements, Comparative Political Studies 47/1 (2014), 55ss.

GRIFFEL, ALAIN, Die Grundsatzgesetzgebungskompetenz gemäss Art. 75 Abs. 1 BV. Tragweite und Grenzen. Rechtsgutachten zuhanden des Bundesamtes für Raumentwicklung ARE, 2017.

HALLERBERG, MARK, Electoral Laws, Government, and Parliaments, in Hallerberg, Mark / Döring, Herbert (éd.), Patterns of Parliamentary Behavior. Passage of Legislation across Western Europe, Londres, New York, 2004, 11ss.

HÄNNI, PETER, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, Berne, 2016.

HART, HERBERT L. A., The Concept of Law, Oxford, 2012.

HESS-KLEIN, CAROLINE, Le cadre conventionnel et constitutionnel du droit de l'égalité des personnes handicapées, in Bellanger, François / Tanquerel, Thierry (éd.), L'égalité des personnes handicapées : principes et concrétisation, Zurich, 2017, 9ss.

HOFMANN, RAINER / MALLOY, TOVE H. / REIN, DETLEV B., Introduction, in Hofmann, Rainer / Malloy, Tove H. / Rein, Detlev B. (éd.), The Framework Convention for the Protection of National Minorities. A Commentary, Leiden, 2018.

HOLZER, PATRICK EDGAR, Die Ermittlung der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen, Zurich, 1998.

HOTTELIER, MICHEL, La Suisse et la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, in Ziegler, Andreas R. / Kuffer, Julie (éd.), Minorités et le droit : Mélanges en l'honneur du Professeur Barbara Wilson = Minorities and the Law. Liber Amicorum for Professor Barbara Wilson, Genève, Zurich, Bâle, 2016, 325ss.

HOUSE OF COMMONS, Reducing Carbon Emissions from UK Business. The Role of the Climate Change Levy and Agreements. Second Report of Session 2007-08. Report, together with Formal Minutes, Oral and Written Evidence, Londres, 2008.

HUMANRIGHTS.CH, PLATEFORME D'INFORMATION
- Yéniches et Manouches/Sintés : reconnaissance de leurs appellations correctes.
- Aires d'accueil pour les gens du voyage : la loi neuchâteloise passera au Tribunal fédéral.
- Conférence annuelle 2022.
- Les mécanismes de mise en œuvre des droits humains par les cantons doivent être renforcés.

HUNT, MURRAY, Introduction, in Hunt, Murray / Jayne Hooper, Hayley / Yowell, Paul (éd.), Parliaments and Human Rights. Redressing the Democratic Deficit, Londres, 2015, 1ss.

INCLUSION HANDICAP, Première procédure de Rapport étatique de la Suisse devant le Comité des droits des personnes handicapées de l'ONU – Document remis en vue de la « Liste des points à traiter », 2019.

INSOS/CURAVIVA/VAHS, Plan d'action CDPH 2019-2023, 2019.

INSTITUT DU FÉDÉRALISME, Mise en œuvre de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, Exemples pratiques de six cantons.

IWASAWA, YUJI, The Doctrine of Self-executing Treaties in the United States. A Critical Analysis, Virginia Journal of International Law 26 (1986), 627ss.

JACOT-GUILLARMOD, OLIVIER, L'applicabilité directe des traités internationaux en Suisse : histoire d'un détour inutile, Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht (1989), 129ss.

JACQUE, JEAN-PAUL, Droit institutionnel de l'Union européenne, Paris, 2015.

JEANNERAT, ELOI, L'organisation régionale conventionnelle à l'aune du droit constitutionnel suisse : questions choisies de collaboration intercantonale et intercommunale, Bâle, 2018.

JEANNERAT, ELOI / MOOR, PIERRE, Art. 14 LAT, in Aemisegger, Heinz / Moor, Pierre / Ruch, Alexander / Tschannen, Pierre (éd.), Commentaire Pratique LAT : planifier l'affectation, Zurich, 2016.

JENSEN, STEVEN L. B. / LAGOUTTE, STÉPHANIE / LORION, SÉBASTIEN, The Domestic Institutionalisation of Human Rights. An Introduction, Nordic Journal of Human Rights 37/3 (2019), 165ss.

JOLY, REBECCA
- Difficultés générées par la mise en œuvre partagée du droit et solutions envisagées : approches suisse et européenne, in Bahar, Rashid / Kadner Graziano, Thomas (éd.), Le droit comparé et le droit suisse, Zurich, 2018, 21ss.
- La mise en œuvre partagée du droit en Suisse, en Allemagne et dans l'Union européenne. Perspectives comparées, spécialement en matière de protection de la biodiversité, Bâle, 2020.

JOSEPH, SARAH / CASTAN, MELISSA, The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials, and Commentary, Oxford, 2014.

JUD, BARBARA / RÖTHLISBERGER, SIMON, Aires d'accueil pour les Yéniches, Sinti et Roms : Cadre juridique et principes d'aménagement du territoire applicables aux aires d'accueil, EspaceSuisse (éd.), Berne 2019.

KADDOUS, CHRISTINE, Les accords sectoriels dans le système des relations extérieures de l'Union européenne, in Kaddous, Christine / Felder, Daniel (éd.), Accords bilatéraux Suisse – UE (Commentaires), Genève, 2001, 77ss.

KAEMPFER, CONSTANCE
- L'obligation internationale de mettre des aires d'accueil à disposition des gens du voyage, Ex ante 2/2020, 2020a, 38ss.
- Bientôt un droit à la création d'aires d'accueil pour les gens du voyage ?, Plaidoyer 6/2020, 2020b, 14ss.
- Domestic Mechanisms for the Implementation of International Obligations in the Swiss Cantons, Swiss Review of International and European Law 31/4, 2021, 541ss.

KAEMPFER, CONSTANCE / THIRION, SOPHIE / SCHMID, EVELYNE, Switzerland Rejects a Popular Initiative 'Against Foreign Judges', OpinioJuris, 2018.

KÄLIN, WALTER
- Implementing Treaties in Domestic Law. From Pacta Sunt Servanda to Anything Goes?, in Gowlland-Debbas Vera (éd.), Multilateral Treaty-making: the Current Status of Challenges to and Reforms Needed in the International Legislative Process: Papers Presented at the Forum Geneva held in Geneva, Switzerland, May 16, 1998, 2000, 111ss.
- Examination of State Reports, in Keller, Helen / Ulfstein, Geir (éd.), UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy, Cambridge, 2012, 16ss.

KÄLIN, WALTER / KÜNZLI, JORG, The Law of International Human Rights Protection, Oxford, 2011.

KAPISZEWSKI, DIANA / TAYLOR, MATTHEW M., Compliance. Conceptualizing, Measuring, and Explaining Adherence to Judicial Rulings, Law & Social Inquiry 38/4 (2013), 803ss.

KAYESS, ROSEMARY, Drafting Article 24 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, in De Beco, Gauthier / Quinlivan, Shivaun / Lord, Janet E. (éd.), The Right to Inclusive Education in International Human Rights Law, Cambridge, 2019, 122ss.

KELLER, HELEN / GROVER, LEENA, General Comments of the Human Rights Committee and their Legitimacy, in Keller, Helen / Ulfstein, Geir (éd.), UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy, Cambridge, 2012, 116ss.

KESKIN, ÖMER, Rechtskultur der Humanität. Eine Untersuchung der innerstaatlichen Umsetzungspflichten des humanitären Völkerrechts am Beispiel der Schweiz, Bâle, 2019.

KLEINLEIN, THOMAS, Between Myths and Norms. Constructivist Constitutionalism and the Potential of Constitutional Principles in International Law, Nordic Journal of International Law 81/2 (2012), 79ss.

KNEUBUHLER, LORENZ, Wie Gerichte dem Gesetzgeber Beine machen, LeGes 2014/3, 409ss.

KOH, HAROLD HONGJU, Why Do Nations Obey International Law?, The Yale Law Journal 106 (1997), 2599ss.

KOLB, ROBERT
- La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques, African Yearbook of International Law 10 (2002), 103ss.
- The International Law of State Responsibility. An Introduction, Cheltenham, Northampton, 2017.

KRIEGER, HEIKE / NOLTE, GEORG, The International Rule of Law – Rise or Decline? – Approaching Current Foundational Challenges, in Krieger, Heike / Nolte, Georg / Zimmermann, Andreas (éd.), The International Rule of Law. Rise or Decline?, Oxford, 2019, 3ss.

KROMMENDIJK, JASPER
- The Impact and Effectiveness of Non-Judicial Mechanisms for the Implementation of Human Rights, Human Rights & International Legal Discourse 5/2 (2011), 264ss.
- National Parliaments. Obstacles or Aid to the Impact of International Human Rights Bodies?, in Wind, Marlene (éd.), International Courts and Domestic Politics, Cambridge, 2018, 227ss.

KU, CHARLOTTE / DIEHL, PAUL F., Filling In the Gaps. Extrasystemic Mechanisms for Addressing Imbalances Between the International Legal Operating System and the Normative System, Global Governance 12/2 (2006), 161ss.

KU, CHARLOTTE / HENNING, WILLIAM H. / STEWART, DAVID P. / DIEHL, PAUL F., Even Some International Law Is Local. Implementation of Treaties Through Subnational Mechanisms, Virginia Journal of International Law 60/1 (2019), 105ss.

KUX, STEPHAN, Die Umsetzung der bilateralen Abkommen in den Kantonen, in Breuss, Fritz / Cottier, Thomas / Müller-Graff, Peter-Christian (éd.), Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess, Baden-Baden, Bâle, 2008, 169ss.

LAVRYSEN, LAURENS, Protection by the Law. The Positive Obligation to Develop a Legal Framework to Adequately Protect ECHR Rights in Haeck, Yves / Brems, Eva (éd.), Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century, Dortrecht, 2014, 69ss.

LE BRIS, CATHERINE, Les droits de l'homme à l'épreuve du local. Introduction générale, in Le Bris, Catherine (éd.), Les droits de l'homme à l'épreuve du local, Paris, 2020, 1ss.

LEDUC, PATRICK, L'accord révisé sur les marchés publics permet d'harmoniser la législation interne, La Vie économique 7/2015, 12ss.

LEY, ISABELLE, Opposition in International Law. Alternativity and Revisibility as Elements of a Legitimacy Concept for Public International Law, Leiden Journal of International Law 28/4 (2015), 717ss.

LINDER, WOLF / VATTER, ADRIAN, Institutions and Outcomes of Swiss Federalism. The Role of the Cantons in Swiss Politics, West European Politics 24/2 (2001), 95ss.

LORION, SÉBASTIEN, A Model for National Human Rights Systems? : New Governance and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Nordic Journal of Human Rights 37/3 (2019), 234ss.

LYER, KIRSTEN ROBERTS, Parliaments as Human Rights Actors. The Potential for International Principles on Parliamentary Human Rights Committees, Nordic Journal of Human Rights 37/3 (2019), 195ss.

MACH, OLIVIER, Les accords bilatéraux avec la CE : opportunité et défi pour le juriste suisse, SJ 2002 II, 325ss.

MACINTOSH, JACK, Mechanism, in Modern Philosophy, Routledge Encyclopedia of Philosophy.

MADELAINE, COLOMBINE, La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme, Paris, 2014.

MADER, LUZIUS / HILTI, MARTIN, Europarechtliche Vorgaben im Bereich Datenschutz. Implikationen für die Schweiz, in Epiney, Astrid / Fasnacht, Tobias (éd.), Entwicklung der europarechtlichen Vorgaben im Bereich des Datenschutzes und Implikationen für die Schweiz = Le développement du droit européen en matière de protection des données et ses implications pour la Suisse, Zurich, 2013, 69ss.

MAHON, PASCAL, Droit constitutionnel : Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure, Volume I, Bâle, Neuchâtel, 2014.

MAISSEN, SANDRA / MAYER, ROLAND / GOBBO, LUCA, Die Kantone und die Europapolitik. Die Stärkung der europapolitischen Mitsprache als notwendiger Schritt zur Erhaltung des Föderalismus, in Institut de droit européen de l'Université de Fribourg (éd.), Die Schweiz und die europäische Integration. 20 Jahre Institut für Europarecht = La Suisse et l'intégration européenne : 20 ans de l'Institut de droit européen, Zurich, Bâle, Genève, 2015, 107ss.

MALANG, THOMAS / LEIFELD, PHILIP, The Latent Diffusion Network among National Parliaments in the Early Warning System of the European Union, Journal of Common Market Studies 59/4 (2021), 873ss.

MALINVERNI, GIORGIO, La Convention européenne des droits de l'homme in Hertig Randall, Maya / Hottelier, Michel (éd.), Introduction aux droits de l'homme, Zurich, 2014, 397ss.

MALINVERNI, GIORGIO / HOTTELIER, MICHEL / HERTIG RANDALL, MAYA / FLÜCKIGER, ALEXANDRE, Droit constitutionnel suisse Volume I : L'État, Berne, 2021.

MARLÉTAZ, RAPHAËL, L'harmonisation des lois cantonales d'aide sociale : Une analyse des obligations internationales des droits humains, Zurich, 2021.

MARTENET, VINCENT
- L'autonomie constitutionnelle des cantons, Bâle, Genève, Munich, 1999.
- Architecture des pouvoirs : enjeux et perspectives pour un État, une union d'États et les Nations Unies, Zurich, 2016.
- Article 2, in Hertig Randall, Maya / Hottelier, Michel / Lempen, Karine (éd.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif : commentaire, Genève, Zurich, Bâle, 2019.
- La séparation des pouvoirs, in Diggelmann, Oliver / Hertig Randall, Maya / Schindler, Benjamin (éd.), Verfassungsrecht der Schweiz = Droit constitutionnel suisse, Zurich, 2020, 999ss.
- Art. 49, in Martenet, Vincent / Dubey, Jacques (éd.), Commentaire romand de la Constitution fédérale : Préambule – art. 80 Cst., Bâle, 2021.
- Art. 8., in Martenet, Vincent / Dubey, Jacques (éd.), Commentaire romand de la Constitution fédérale : Préambule – art. 80 Cst., Bâle, 2021.

MATHIS, KLAUS / TOR, AVISHALOM, Nudging. Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics, Cham, 2016.

MAYER, ROLAND, Die Bilateralen Abkommen II und die Kantone. Test für die Föderalismustauglichkeit des bilateralen Wegs, in Kaddous, Christine / Jametti Greiner, Monique (éd.), Accords Bilatéraux II Suisse-UE et autres Accords récents = Bilaterale Abkommen II Schweiz-EU und andere neue Abkommen, Genève, 2006, 155ss.

MAZILLE, CLÉMENTINE, L'institutionnalisation de la relation entre l'Union européenne et la Suisse, Zurich, 2018.

MIALOT, CAMILLE / DIMA EHONGO, PAUL, Introduction. De l'intégration normative à géométrie et géographie variables, in Delmas-Marty, Mireille (éd.), Critique de l'intégration normative : l'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits, Paris, 2004, 25ss.

MIAZ, JONATHAN / NIEDERHAUSER, MATTHIEU / MAGGETTI, MARTINO, From International Law to Subnational Practices: The Roles of Intermediaries in Translating the Istanbul Convention in Swiss Cantons, Regulation and Governance (2023), 1ss.

MIAZ, JONATHAN / SCHMID, EVELYNE / NIEDERHAUSER, MATTHIEU / KAEMPFER, CONSTANCE / MAGGETTI, MARTINO, Engaging With Human Rights: How Subnational Actors Use Human Rights Treaties in Policy Processes, à paraître.

MILES, THOMAS J. / SUNSTEIN, CASS R., The New Legal Realism, Olin Working Paper No. 372 (2007).

MEGURO, MAIKO, Tracing Influence in International Law: Beyond the Antagonism between Doctrine of Law and Social Science, in Deplano, Rossana / Tsagourias, Nicholas (éd.), Research Methods in International Law : a Handbook, Cheltenham, Northampton, 2021, 265ss.

MEIER, PHILIPPE, Protection des données : fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011.

MERKT, BENOÎT / CHAPPUIS, BENOÎT, Profession d'avocat et loi sur le marché intérieur, Revue de l'avocat 6-7 (2017), 292ss.

MILET, MARC, Parliament in the Policymaking Process. Toward a Sociology of Law-making, in Benoit, Cyril / Rozenberg, Olivier (éd.), Handbook of Parliamentary Studies. Interdisciplinary Approaches to Legislatures, Northampton, 2020, 445ss.

MIZRAHI, CYRIL, L'égalité des personnes handicapées dans le domaine de la formation, in Bellanger, François / Tanquerel, Thierry (éd.), L'égalité des personnes handicapées : principes et concrétisation, Zurich, 2017, 181ss.

MOOR, PIERRE / FLUCKIGER, ALEXANDRE / MARTENET, VINCENT, Droit administratif. Volume I : Les fondements, Berne, 2012.

MÜLLER, GEORG, Le Parlement : un législateur créatif ? : possibilités et limites de la motion, de l'initiative parlementaire et de la modification de projets gouvernementaux, Parlament : Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Parlamentsfragen = Parlement : bulletin d'information de la Société suisse pour les questions parlementaires = Parlamento : bolletino d'informazione della Societa svizzera per le questioni parlamentari, 3 (2007), 7ss.

MURRAY, RACHEL, Addressing the Implementation Crisis. Securing Reparation and Righting Wrongs, Journal of Human Rights Practice 12/1 (2020), 1ss.

MURRAY, RACHEL / DE VOS, CHRISTIAN, Behind the State. Domestic Mechanisms and Procedures for the Implementation of Human Rights Judgments and Decisions, Journal of Human Rights Practice 12/1 (2020), 22ss.

NAGUIB, TAREK, Bedeutung des BGE 137 I 305 für den institutionellen Diskriminierungsschutz auf kantonaler Ebene, Pratique juridique actuelle PJA 7 (2012), 915ss.

NAGUIB, TAREK / JOHNER-KOBI, SYLVIE / GISLER, FIONA, Handlungsbedarf aufgrund der UNO-Behindertenrechtskonvention im Kanton Zürich. Studie im Auftrag der Behindertenkonferenz Kanton Zürich und finanziert vom Kantonalen Sozialamt, Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften (ZHAW), 2018.

NARDIN, TERRY, Private and Public Roles in Civil Society, in Walzer, Michael (éd.),Toward a Global Civil Society, Oxford, 1995, 29ss.

NEFF, STEPHEN C., A Short History of International Law, in Evans, Malcolm D. (éd.), International Law, Oxford, 2018, 3ss.

NIEDERHAUSER, MATTHIEU, Governmental Human Rights Focal Points in Federal Contexts: The Implementation of the Istanbul Convention in Switzerland as a Case Study, Netherlands Quarterly of Human Rights 39/2 (2021), 140ss.

NIJMAN, JANNE E. / NOLLKAEMPER, ANDRÉ, Beyond the Divide, in Nijman, Janne E. / Nollkaemper, André (éd.), New Perspectives on the Divide between National and International Law, Oxford, 2007, 341ss.

NOLLKAEMPER, ANDRÉ
– National Courts and the International Rule of Law, Oxford, 2011.
– The Duality of Direct Effect of International Law, European Journal of International Law 25/1 (2014), 105ss.

NOUVEL, YVES, Aspects généraux de la conformité du droit interne au droit de l'OMC, Annuaire français de droit international (2003), 657ss.

OESCH, MATTHIAS, Schweiz – Europäische Union. Grundlagen, Bilaterale Abkommen, Autonomer Nachvollzug, Zurich, 2020.

OFFERLE, MICHEL, Cette société que l'on dit à présent civile…, in Rowell, Jay / Saint-Gille, Anne-Marie (éd.), La société civile organisée aux XIX[e] et XX[e] siècles : perspectives allemandes et françaises, Villeneuve d'Ascq, 2010, 21ss.

OWADA, HISASHI, Problems of Interaction between the International and Domestic Legal Orders, Asian Journal of International Law 5/2 (2015), 246ss.

OXFORD ENGLISH DICTIONARY, Mechanism.

PAHUJA, SUNDHYA, Methodology. Writing about How We Do Research, in Deplano, Rossana / Tsagourias, Nicholas (éd.), Research Methods in International Law. A Handbook, Cheltenham, Northampton, 2021, 60ss.

PALIER, BRUNO, Process-tracing, in Boussaguet, Laurie / Jacquot, Sophie / Ravinet, Pauline (éd.), Dictionnaire des politiques publiques (5ème éd.), Paris, 2019, 510ss.

PÄRLI, KURT, BGE 137 I 305 – Auch eine Art "Haftungsfall", in Böhme, Anna / Gähwiler, Fabian / Theus Simoni, Fabiana / Zuberbühler, Ivo (éd.), Ohne jegliche Haftung : Beiträge zum schweizerischen Haftpflicht- und Schuldrecht : Festschrift für Willi Fischer zum 65. Geburtstag, Zurich, 2016, 417ss.

PASCOUAU, YVES, The Schengen Evaluation Mechanism and the Legal Basis Problem. Breaking the Deadlock, Bruxelles, 2012.

PAULUS, ANDREAS, Reciprocity Revisited, in Fastenrath Ulrich / Geiger, Rudolf / Khan, Daniel-Erasmus / Paulus, Andreas / von Schorlemer, Sabine / Vedder, Christoph (éd.), From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Bruno Simma, Oxford, 2011, 113ss.

PAUWELYN, JOOST / WESSEL, RAMSES A. / WOUTERS, JAN, When Structures Become Shackles. Stagnation and Dynamics in International Lawmaking, European Journal of International Law 25/3 (2014), 733ss.

PENTASSUGLIA, GAETANO, Minorities in International Law, Strasbourg, 2002.

PETERMANN, NATHANAEL, Les obligations positives de l'État dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : théorie générale, incidences législatives et mise en œuvre en droit suisse, Berne, 2014.

PETERS, ANNE
- The Merits of Global Constitutionalism, Indiana Journal of Global Legal Studies 16/2, 2009a, 397ss.
- Dual Democracy in Klabbers, Jan / Peters, Anne / Ulfstein, Geir (éd.), The Constitutionalization of International Law, Oxford, 2009b, 263ss.

PETRIG, ANNA
- Die demokratische Mitwirkung an der Entstehung und Umsetzung rechtsetzender Beschlüsse internationalen Rechts, Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht 25/4 (2015), 507ss.
- Democratic Participation in International Law-Making in Switzerland after the Age of Treaties, in Aust, Helmut Philipp / Kleinlein, Thomas (éd.), Encounters between Foreign Relations Law and International Law, Cambridge, 2021, 180ss.

PETRIG, ANNA / SINZ, MAREIKE, Rechtsgutachten zum Thema « Mitwirkung des Parlaments im Bereich von Soft Law » im Auftrag der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle, 2021.

PFISTERER, THOMAS, Neue Partnerschaft zwischen Bund und Kantonen, ZBl 96/1995, 258ss.

PLAISANCE, ÉRIC, De l'éducation spéciale à l'éducation inclusive : avec un aperçu européen sur l'éducation inclusive dès la petite enfance, Revue suisse de pédagogie spécialisée 2/2013, 19ss.

PLAISANCE, ÉRIC / BELMONT, BRIGITTE / VERILLON, ALIETTE / SCHNEIDER, CORNELIA, Intégration ou inclusion ? Éléments pour contribuer au débat, La nouvelle revue de l'adaptation et de la scolarisation 37/1 (2007), 159ss.

POLTIER, ETIENNE, Droit des marchés publics, Berne, 2014.

POSNER, ERIC A.
- Do States Have a Moral Obligation to Obey International Law?, Stanford Law Review 55/5 (2003), 1901ss.
- Some Skeptical Comments on Beth Simmons's « Mobilizing for Human Rights », New York University Journal of International Law and Politics 44/3 (2012), 819ss.

PREVITALI, ADRIANO, La Convention relative aux droits des personnes handicapées, in Hertig Randall, Maya / Hottelier, Michel (éd.), Introduction aux droits de l'homme, Zurich, 2014, 361ss.

MENG, QINGFENG / LIU, YINGYING / LI, ZHEN / WU, CHANGZHI, Dynamic Reward and Penalty Strategies of Green Building Construction Incentive. An Evolutionary Game Theory-based Analysis, Environmental Science and Pollution Research 28, 44902ss.

RADIO TELEVISION SUISSE RTS, Emission GéoPolitis du 17 octobre 2021 « Le combat des femmes ».

RAMEL, SERGE / VIENNEAU, RAYMOND / PIERI, MICHELLE / ARNAIZ, PILAR, Des injonctions internationales aux législations nationales et locales, in Prud'homme, Luc / Duchesne, Hermann / Bonvin, Patrick / Vienneau, Raymond (éd.), L'inclusion scolaire : ses fondements, ses acteurs et ses pratiques, Louvain-la-Neuve, 2016, 39ss.

RATNER, STEVEN R. / SLAUGHTER, ANNE-MARIE, Appraising the Methods of International Law. A Prospectus for Readers, Studies in Transnational Legal Policy 36/2 (2004), 1ss.

REUS-SMIT, CHRISTIAN, Politics and International Legal Obligation, European Journal of International Relations 9/4 (2003), 591ss.

RÊVONS ENSEMBLE UNE SOCIETE INCLUSIVE, L'inclusion c'est quoi ?.

RHINOW, RENÉ / SCHEFER, MARKUS / UEBERSAX, PETER, Schweizerisches Verfassungsrecht, Bâle, 2016.

ROBERT, PAUL / REY-DEBOVE, JOSETTE / REY, ALAIN, Le petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Paris, 2016.

ROBERTS, ANTHEA / SIVAKUMARAN, SANDESH, The Theory and Reality of the Sources of International Law, in Evans, Malcolm D. (éd.), International Law, Oxford, 2018, 89ss.

RODLEY, NIGEL S., The Role and Impact of Treaty Bodies, in Shelton, Dinah (éd.), The Oxford Handbook of International Human Rights Law, Oxford, 2013, 627ss.

ROTER, PETRA, Article 5, in Hofmann, Rainer / Malloy, Tove H. / Rein, Detlev B. (éd.), The Framework Convention for the Protection of National Minorities. A Commentary, Leiden, 2018.

ROSSI, MICAELA, Pour une typologie des avatars métaphoriques dans les terminologies spécialisées, Langue française 189 (2016), 87ss.

ROWELL, JAY / SAINT-GILLE, ANNE-MARIE, De l'idéal-type de société civile à la société civile incarnée : pour une approche empirique et plurielle in Rowell, Jay / Saint-Gille, Anne-Marie (éd.), La société civile organisée aux XIXe et XXe siècles : perspectives allemandes et françaises, Villeneuve d'Ascq, 2010, 13ss.

RUDIN, BEAT

– Datenschutzgesetze – fit für Europa. Europarechtliche Anforderungen an die schweizerischen Datenschutzgesetze, Zurich, Bâle, Genève, 2007.
– Die datenschutzrechtliche Umsetzung von Schengen in den Kantonen, in Breitenmoser, Stephan / Gless, Sabine / Lagodny, Otto (éd.), Schengen in der Praxis. Erfahrungen und Aublicke, Zurich, St.Gall, Vienne, Baden-Baden, 2009a, 213ss.
– Verfassungswidrige Anwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes, RSJ 105 (2009b), 1ss.
– « Schengen », « Dublin » und der Datenschutz in der Schweiz – Ansätze zur Stärkung des Datenschutzes und prophylaktischer Widerstand, in Breitenmoser, Stephan / Gless, Sabine / Lagodny, Otto (éd.), Schengen und Dublin in der Praxis. Aktuelle Fragen, Zurich, St-Gall, 2015, 47ss.

– Anpassungsbedarf in den Kantonen, digma – Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit (2017), 58ss.
– Datenschutzreform in der Schweiz, digma – Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit (2018), 194ss.

RUDIN, BEAT / STÄMPFLI, SANDRA, Datenschutzrechtliche Weiterentwicklungen. Neue Herausforderungen, in Breitenmoser, Stephan / Gless, Sabine / Lagodny, Otto (éd.), Schengen und Dublin in der Praxis : Weiterentwicklung der Rechtsgrundlagen, Zurich, St-Gall, Vienne, Baden-Baden, 2010, 197ss.

SALMON, JEAN, Commentaire de l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, in Corten, Olivier / Klein, Pierre (éd.), Les Conventions de Vienne sur le droit des traités : commentaire article par article, Bruxelles, 2006.

SAMBUC BLOISE, JOËLLE, La situation juridique des Tziganes en Suisse : analyse du droit suisse au regard du droit international des minorités et des droits de l'homme, Genève, 2007.

SAND, PETER H.
– International Economic Instruments for Sustainable Development. Sticks, Carrots and Games, The Indian Journal of International Law. A Quarterly 36/2 (1996), 1ss.
– Carrots without Sticks? New Financial Mechanisms for Global Environmental Agreements, Max Planck Yearbook of United Nations Law 3 (1999), 363ss.

SAUL, BEN / KINLEY, DAVID / MOWBRAY, JACQUELINE, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Commentary, Cases, and Materials, Oxford, 2014.

SAUL, MATTHEW, How and When Can the International Human Rights Judiciary Promote the Human Rights Role of National Parliaments?, in Saul, Matthew / Follesdal, Andreas / Ulfstein, Geir (éd.),The International Human Rights Judiciary and National Parliaments. Europe and Beyond, Cambridge, 2017, 135ss.

SAXER, URS, Einführung in den internationalen Kontext, in Trüeb, Hans Rudolf (éd.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Zurich, Bâle, Genève, 3ss.

SCHAUS, ANNEMIE
– L'exécution des obligations internationales dans l'État fédéral, Bruxelles, 2001.

– Commentary of Article 27 of The Vienna Convention. Internal Law and Observance of Treaties, in Corten, Olivier / Klein, Pierre (éd.), The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary Vol. 1, Oxford, 2011.

SCHEFER, MARKUS, Conseil des gouvernements cantonaux suisses sur la mise en œuvre de la CDPH.

SCHEFER, MARKUS / MARTIN, CELINE / HESS-KLEIN, CAROLINE, Leitfaden für die Kantone zur gesetzgeberischen Umsetzung der UN-BRK, Berne 2022.

SCHEFER, MARKUS / HESS-KLEIN, CAROLINE, Droit de l'égalité des personnes handicapées, Berne, 2013.

SCHEIDEGGER, CHRISTINE, Rahmenbedingungen für die Entstehung und Weiterexistenz von kantonalen Fachstellen für Gleichstellung zwischen 1990 und 2005, Fribourg, 2008.

SCHEININ, MARTIN, The Art and Science of Interpretation in Human Rights Law, in Andreassen, Bård A. / Sano, Hans-Otto / McInerney-Lankford, Siobhán (éd.), Research Methods in Human Rights. A Handbook, 2017, 17ss.

SCHLÄPPI, ERIKA / KÜNZLI, JORG / STURM, EVELYNE, Art. 2, in Schläppi Erika / Ulrich, Silvia / Wyttenbach Judith (éd.), CEDAW : Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau. Allgemeine Kommentierung, Umsetzung in der Schweiz, Umsetzung in Österreich, Berne, 2015.

SCHLÄPPI, ERIKA / WYTTENBACH, JUDITH / ULRICH, SILVIA
– Das Übereinkommen, in Schläppi Erika / Ulrich, Silvia / Wyttenbach Judith (éd.), CEDAW : Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau. Allgemeine Kommentierung, Umsetzung in der Schweiz, Umsetzung in Österreich, Berne, 2015a.
– Beeutung des Übereinkommens für die Schweiz, in Schläppi Erika / Ulrich, Silvia / Wyttenbach Judith (éd.), CEDAW : Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau. Allgemeine Kommentierung, Umsetzung in der Schweiz, Umsetzung in Österreich, Berne, 2015b.

SCHMID, EVELYNE
– The Identification and Role of International Legislative Duties in a Contested Area. Must Switzerland Legislate in Relation to « Business and Human Rights »?, Swiss Review of International and European Law 2015, 563.

– Völkerrechtliche Gesetzgebungsaufträge in den Kantonen, Zeitschrift für schweizerisches Recht 135 (2016), 3ss.
– Exigences internationales de prendre des mesures législatives : la Suisse doit-elle légiférer dans le domaine des « entreprises et droits humains »?, Pratique juridique actuelle 2017, 930ss.
– How Upper Levels Strive to Influence Law-Making at the Lower Levels and Why Lower Levels Can't Have Cake and Eat It, in Popelier, Patricia / Xanthaki, Helen / Robinson, William / Silveira, João Tiago / Uhlmann, Felix (éd.), Lawmaking in Multi-level Settings Legislative Challenges in Federal Systems and the European Union, Baden-Baden, Oxford, 2019, 43ss.
– Partie V, art. I (Implementation of the undertakings given), Charte européenne sociale révisée, Réseau académique sur la Charte sociale européenne et les droits sociaux, à paraître.
– Art. 166, in Martenet, Vincent / Dubey, Jacques (éd.), Commentaire romand Constitution fédérale : art. 81 Cst. – dispositions finales, Bâle, 2021.

SCHMID, EVELYNE / ALTWICKER, TILMANN, International Law and (Swiss) Domestic Law-Making Processes, RSDIE 2015, 501ss.

SCHMID, EVELYNE / BAYER, LIVIA / KAEMPFER, CONSTANCE / MARLÉTAZ, RAPHAËL, Le guide de bonnes pratiques : un outil prometteur pour la mise en œuvre des droits humains dans les législations cantonales, Lausanne, 2020.

SCHMID, EVELYNE / BOILLET VÉRONIQUE, Verein KlimaSeniorinnen et autres c. Suisse (Requête no. 53600/20) : Tierce intervention au sens de l'article 44(3) du Règlement de la Cour, 2021.

SCHMITT, NICOLAS, Le droit intercantonal comparé, reflet de l'essence même du fédéralisme, LeGes 2012/3 (2012), 277ss.

SCHNEIDER HEUSI, CLAUDIA, Vergaberecht. Die Revision, PBG aktuell – Zürcher Zeitschrift für öffentliches Baurecht 4 (2021), 5ss.

SCHWEIZER, RAINER J., Art. 35, in Ehrenzeller, Bernhard / Schindler, Benjamin / Schweizer, Rainer J. / Vallender , Klaus A. (éd.) Die schweizerische Bundesverfassung. St.Galler Kommentar, Zurich, 2014.

SCHWEIZER, RAINER J. / DE BROUWER, MAX, Avis de droit concernant les problèmes de droit constitutionnel et de droit international de la Loi sur le stationnement des communautés nomades (LSCN) du 20 février 2018 du canton de Neuchâtel, 18 avril 2018.

SCIARINI, PASCAL, Les effets de la consultation sur les processus de décision au niveau fédéral, LeGes 2 (2011), 191ss.

SHELTON, DINAH, International Law and Domestic Legal Systems Incorporation, Transformation, and Persuasion, Oxford, 2012.

SIBONY, ANNE-LISE / ALEMANNO, ALBERTO, The Emergence of Behavioural Policy-Making. A European Perspective, in Sibony, Anne-Lise / Alemanno, Alberto (éd.), Nudge and the Law. A European Perspective, Oxford, 2015, 1ss.

SIMMA, BRUNO, Reciprocity, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford, 2008.

SIMMONS, BETH A., Mobilizing for Human Rights. International Law in Domestic Politics, Cambridge, 2009.

SLAUGHTER, ANNE-MARIE / BURKE-WHITE, WILLIAM W., The Future of International Law is Domestic (or The European Way of Law), in Nijman, Janne E. / Nollkaemper, André (éd.), New Perspectives on the Divide between National and International Law, Oxford, 2007, 110ss.

SLOSS, DAVID / VAN ALSTINE, MICHAEL International Law in Domestic Courts, in Sandholtz, Wayne / Whytock, Christopher A. (éd.), Research Handbook on the Politics of International Law, Cheltenham, Northampton, 2017, 79ss.

SOCIÉTÉ POUR LES PEUPLES MENACÉS
- Le Tribunal fédéral doit annuler la loi neuchâteloise sur les communautés nomades.
- Yéniches, Sintés et Roms : plainte contre la loi neuchâteloise déposée auprès l'ONU.

SOREL, JEAN-MARC / BORE EVENO, VALERIE, Commentary of Article 31 of The Vienna Convention. Interpretation of Treaties, in Corten, Olivier / Klein, Pierre (éd.), The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary Vol. 1, Oxford, 2011.

SPECK, ANNE-KATRIN / DONALD, ALICE, Les parlements nationaux, garants des droits de l'homme en Europe, Conseil de l'Europe (éd.), 2018.

SPRECHER, FRANZISKA / LIENHARD, ANDREAS / TSCHANNEN, PIERRE / TSCHENTSCHER, AXEL / ZELLER, FRANZ, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2017 und 2018, Revue de la Société des juristes bernois RJB 154/2018, 641ss.

SSENYONJO, MANISULI, Reflections on State Obligations with Respect to Economic, Social and Cultural Rights in International Human Rights Law, The International Journal of Human Rights 15/6 (2011), 969ss.

STABEROCK, GERALD
- Civil Society, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford, 2011a.
- Human Rights, Domestic Implementation, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford, 2011b.

STEINER, MARC, Kurzabriss zu Entstehungsgeschichte und Zwecksetzung des BöB vom 21. Juni 2019, Droit de la construction (DC) 2020, 8ss.

STEPHAN, PAUL B., Enforcement of International Law, in Parisi, Francesco (éd.), The Oxford Handbook of Law and Economics. Volume 3: Public Law and Legal Institutions, Oxford, New York, 2017, 465ss.

SUDRE, FREDERIC / ANDRIANTSIMBAZOVINA, JOËL / GONZALEZ, GÉRARD / GOUTTENOIRE, ADELINE / MARCHADIER, FABIEN / MARGUENAUD, JEAN-PIERRE / MILANO, LAURE / SURREL, HÉLÈNE / SZYMCZAK, DAVID, Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, Paris, 2017.

TAIPALE, KAARIN, From Light Green to Sustainable Buildings, in Starke, Linda (éd.), State of the World 2012. Moving toward Sustainable Prosperity, Washington, Covelo, Londres, 2012, 129ss.

TALESH, SHAUHIN A. / MERTZ, ELIZABETH / KLUG, HEINZ, Introduction to the Research Handbook on Modern Legal Realism, in: Talesh, Shauhin A. / Mertz, Elizabeth / Klug, Heinz (éd.), Research Handbook on Modern Legal Realism, Cheltenham, Northampton, 2021, 1ss.

TAPIO, JENNI / SOUCEK, ALEXANDER, National Implementation of Non-legally Binding Instruments. Managing Uncertainty in Space Law?, Air and Space Law 44/6 (2019), 565ss.

TEICHMAN, DORON / ZAMIR, EYAL, Nudge Goes International, European Journal of international law 30/4 (2019), 1263ss.

THALER, RICHARD H. / SUNSTEIN, CASS R., Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness, New Haven, 2008.

THALMANN, URS, Die Umsetzung internationalen Rechts durch die Kantone, in Hänni Peter (éd.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration – Die Rolle der Kantone in einem sich wandelnden internationalen Kontext, Zurich, 2000, 267ss.

THE COMMONWEALTH, The Global Human Rights Implementation Agenda. The Role of National Parliaments, Londres, 2018.

THORNBERRY, PATRICK, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. A Commentary, Oxford, 2016.

THORNBERRY, PATRICK / MARTÍN ESTEBANEZ, MARÍA AMOR, Minority Rights in Europe. A Review of the Work and Standards of the Council of Europe, Strasbourg, 2006.

TOBIN, JOHN, Commentary of Article 4 of the UN Convention on the Rights of the Child – A State's General Obligation of Implementation, in Tobin, John (éd.), The UN Convention on the Rights of the Child. A Commentary, Oxford, 2019.

TORNAY, BÉNÉDICTE / RENFER, IRÈNE / AUER, ANDREAS, Les cantons entre l'adhésion à l'Union européenne et la poursuite de la voie bilatérale, in Conférence des gouvernements cantonaux (éd.), Entre adhésion à l'UE et voie bilatérale : réflexions et besoin de réformes du point de vue des cantons, Genève, Zurich, Bâle, 2006, 211ss.

TRUEB, HANS RUDOLF / GÖTZINGER, LENA, Rechtsgutachten vom 26. Januar 2021. Beitritt zur IVÖB 2019 unter Vorbehalt, Zurich, 2021.

TSCHANNEN, PIERRE
- Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft (4. Auflage), Berne, 2016.
- Art. 9, in Aemisegger, Heinz / Moor, Pierre / Ruch, Alexander / Tschannen, Pierre (éd.), Commentaire Pratique LAT : planifier l'affectation, Zurich, 2016.

VAN AAKEN, ANNE / SIMSEK, BETUL, Rewarding in International Law, American Journal of International Law 115/2 (2021), 195ss.

VAN ASSCHE, CEDRIC, A propos de « La notion d'« applicabilité directe » du droit international » De Joe Verhoeven, Revue belge de droit international 48/1-2 (2015), 472ss.

VATTER, ADRIAN, Das politische System der Schweiz, Baden-Baden, 2020.

VENTURA, MORGANE, Nouvelle faiblesse dans la jurisprudence du TF pour protéger les Yéniches, Pratique juridique actuelle 2019, 563ss.

VERDUSSEN, MARC / CAMBIER, NOÉMIE, Préambule, in Hertig Randall, Maya / Hottelier, Michel / Lempen Karine (éd.), CEDEF : La Convention sur

l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif : commentaire, Genève, Zurich, Bâle, 2019, 3ss.

VERHOEVEN, JOE, Droit international public, Bruxelles, 2000.

VERSTRAELEN, SARAH, Constitutional Dialogue in the Case of Legislative Omissions. Who Fills the Legislative Gap?, Utrecht Law Review 14/1 (2018), 61ss.

VITTOZ, SARAH, L'influence des directives européennes en matière de marchés publics sur le droit suisse, in Boillet, Véronique / Maiani, Francesco / Poltier, Etienne / Rietiker, Daniel / Wilson, Barbara (éd.), Influence du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit suisse, Genève, Zurich, Bâle, 2016, 243ss.

VOERMANS, W. J. M., Legislation and Regulation, in Karpen Ulrich / Xanthaki, Helen (éd.), Legislation in Europe. A Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners, Oxford, Portland, Oregon, 2017, 17ss.

VOINOV KOHLER, JULIETTE, Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto sur les changements climatiques : entre diplomatie et droit, Zurich, 2006.

WADDINGTON, LISA / PRIESTLEY, MARK, A Human Rights Approach to Disability Assessment, Journal of International and Comparative Social Policy 37/1 (2021), 1ss.

WALDMANN, BERNHARD, Art. 49, in Waldmann, Bernhard / Belser, Eva Maria / Epiney, Astrid (éd.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Bâle, 2015.

WALTER, JEAN-PHILIPPE, L'effectivité des mécanismes de mise en œuvre de la protection des données : le point de vue du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT), en bref, in Epiney, Astrid / Nuesch, Daniela (éd.), Durchsetzung der Rechte der Betroffenen im Bereich des Datenschutzes = La mise en œuvre des droits des particuliers dans le domaine de la protection des données, Zurich, Bâle, Genève, 2015, 115ss.

WALZER, MICHAEL, The Concept of Civil Society, in Walzer, Michael (éd.), Toward a Global Civil Society, Oxford, 1995, 1ss.

WHEATLEY, STEVEN

– The Democratic Legitimacy of International Law, Oxford, 2010.
– A Democratic Rule of International Law, European Journal of International Law 22/2 (2011), 525ss.

WILSON, BARBARA, Article 4, in Hofmann, Rainer / Malloy, Tove H. / Rein, Detlev B. (éd.), The Framework Convention for the Protection of National Minorities. A Commentary, Leiden, 2018.

WÜGER, DANIEL, Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht. Grundlagen, Methoden und Kriterien, Berne, 2005.

WYTTENBACH, JUDITH
- Umsetzung von Menschenrechtsübereinkommen in Bundesstaaten. Gleichzeitig ein Beitrag zur grundrechtlichen Ordnung im Föderalismus, Zurich, St-Gall, 2017.
- Systemic and Structural Factors Relating to Quality and Equality of Human Rights Implementation in Federal States. A Critical Assessment of the Practice of Human Rights Treaty Bodies, International Human Rights Law Review 7/1 (2018), 43ss.

WYTTENBACH, JUDITH / WYSS, KARL-MARC, Art. 164, in Waldmann, Bernhard / Belser, Eva Maria / Epiney, Astrid (éd.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Bâle, 2015.

ZEN-RUFFINEN, PIERMARCO / GUY-ECABERT, CHRISTINE, Aménagement du territoire, construction, expropriation, Berne, 2001.

ZIMMERMANN, NESA, Legislating for the Vulnerable? Special Duties under the European Convention on Human Rights, Swiss Review of International and European Law 25/4 (2015), 539ss.

# Jurisprudence

## Tribunal Fédéral

- ATF 129 II 249, 2003.
- ATF 129 II 321, 2003.
- ATF 137 I 305, 2011.
- ATF 140 II 185, 2014.
- Arrêt 1C_504/2016, 2017.
- ATF 145 I 73, 2019.
- ATF 147 I 103, 2020.
- Arrêt 1C_314/2020, 2021.
- ATF 147 I 308, 2021.

**CourEDH**

– Sunday Times c. Royaume-Uni (Cour plénière), 26 avril 1979.
– Marckx c. Belgique (Cour plénière), 13 juin 1979.
– Kruslin c. France, 24 avril 1990.
– Buckley c. Royaume-Uni, 25 septembre 1996.
– Cantoni c. France, 15 novembre 1996.
– Chapman c. Royaume-Uni (Grande Chambre), 18 janvier 2001.
– Zehnalova et Zehnal c. République Tchèque, décision sur la recevabilité, 14 mai 2002.
– Connors c. Royaume-Uni, 27 mai 2004.
– Riviere c. France, 11 juillet 2006.
– Kontrová c. Slovaquie, 31 mai 2007.
– D.H. et autres c. République Tchèque (Grande Chambre), 13 novembre 2007.
– Khurshid Mustafa et Tarzibachi c. Suède, 16 décembre 2008.
– Glor c. Suisse, 30 avril 2009.
– Rantsev c. Chypre et Russie, 7 janvier 2010.
– Boulois c. Luxembourg (Grande Chambre), 3 avril 2012.
– Yordanova et autres c. Bulgarie, 24 avril 2012.
– Vona c. Hongrie, 9 juillet 2013.
– Winterstein et autres c. France, 17 octobre 2013.
– I.B. c. Grèce, 3 octobre 2013.
– Çam c. Turquie, 23 février 2016.
– Osmanoğlu et Kocabaş c. Suisse, 10 janvier 2017.
– Belli et Arquier-Martinez c. Suisse, 11 décembre 2018.
– Enver Şahin c. Turquie, 30 janvier 2018.
– J.D. et A. c. Royaume-Uni, 24 octobre 2019.
– Hudorovič et autres c. Slovénie, 10 mars 2020.

**CIJ**

– Affaire du différend frontalier (Burkina Faso c.République du Mali), 22 décembre 1986.
– Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie), 25 septembre 1997.
– Affaire du différend frontalier (Bénin c. Niger), 12 juillet 2005.
– Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique), 19 janvier 2009.
– Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), 30 novembre 2010.
– Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), recevabilité et fond, 20 juillet 2012.

**CPJI**

- Affaire du vapeur « Wimbledon », 17 août 1923.
- Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise (fond), 25 mai 1926.

## Rapports et documents d'organes internationaux

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES

- Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, annexe à la Résolution no56/83, 2001.
- Déclaration de la réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international (A/RES/67/1), 2012.

ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE, Le rôle des parlements dans la mise en œuvre des normes de la CEDH : vue d'ensemble des structures et des mécanismes existants, 2016.

COMMISSION EUROPÉENNE, Communication de la Commission européenne au Parlement européen du 11 avril 2016 concernant la position du Conseil sur l'adoption d'un règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données) et abrogeant la directive 95/46/CE.

COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Observation générale nº 9 (2006), CRC/C/GC/9, 2007.

COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME

- Observation générale nº 23, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 1994.
- Observation générale nº 28, HRI/GEN/1/Rev.9, 2000.
- Observation générale nº 31, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004.
- Comité des droits des personnes handicapées.
- Observation générale nº 4 (2016) sur le droit à l'éducation inclusive, CRPD/C/GC/4, 2016.
- Observations finales concernant le rapport initial du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, CRPD/C/GBR/CO/1.
- Observations finales concernant les deuxième et troisième rapports périodiques de l'Espagne, CRPD/C/ESP/CO/2-3.
- Observations finales concernant le rapport initial de la Norvège, CRPD/C/NOR/CO/1.

COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS
– Observation générale nº 3, E/1991/23.
– Observation générale nº 5, Personnes souffrant d'un handicap, E/1995/22.
– Observation générale nº 13, le droit à l'éducation, E/C.12/1999/10.
– Observation générale nº 16, E/C.12/2005/4.
– Observation générale nº 21, E/C.12/GC/21, 2009.
– Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la Suisse, 2019, E/C.12/CHE/CO/4.

COMITÉ EUROPÉEN DES DROITS SOCIAUX
– Conclusions XVII-1, Pays-Bas, article 6-4, 2005.
– Fédération internationale des Ligues des droits de l'homme (FIDH) et Inclusion Europe c. Belgique, 2021.

COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES FEMMES, Recommandation générale nº 28 concernant les obligations fondamentales des États parties découlant de l'article 2 CEDEF.

COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE, Recommandation générale no 27 concernant la discrimination à l'égard des Roms, 2000.

CONSEIL DE L'EUROPE
– Convention-cadre pour la protection des minorités nationales et rapport explicatif.
– Rapport initial du gouvernement suisse sur la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales ACFC/SR(2001)002.
– Premier avis sur la Suisse relatif à la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales, ACFC/INF/OP/I (2003)007.
– Deuxième avis sur la Suisse relatif à la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales, ACFC/OP/II (2008)002.
– Troisième avis sur la Suisse relatif à la la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales, ACFC/OP/III (2013)001.
– Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique.
– Digest de jurisprudence du Comité européen sur les droits sociaux.

CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, Décision du 17 novembre 2008 relative à l'application de la totalité des dispositions de l'acquis de Schengen dans la Confédération suisse (14798/08).

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, Étude thématique sur le droit des personnes handicapées à l'éducation, A/HRC/25/29, 2013.

UN WOMEN, Déclaration et Programme d'action de Beijing : Déclaration politique et textes issus de Beijing+5, 2014.

UNITED NATIONS, Report of the World Conference on the International Women's Year, E/CONF/66/34, 1976.

## Rapports et documents de la Confédération suisse

BUREAU FÉDÉRAL DE L'ÉGALITÉ ENTRE FEMMES ET HOMMES

- Plan d'action de la Suisse, 1999.
- Égalité entre femmes et hommes, Plan d'action de la Suisse, Bilan 1999-2014.
- Courrier adressé le 5 octobre 2017 par la Directrice du BFEG, Mme Sylvie Durrer, au chef du département de la construction, des transports et de l'environnement du canton d'Argovie.
- Stratégie Égalité 2030, avril 2021.
- Plan d'action : Stratégie Égalité 2030 du 17 décembre 2021.

CONSEIL FÉDÉRAL

- Auswertung der Ergebnisse des Vernehmlassunsverfahrens zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte, 1997.
- Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 10 novembre 1998, JAAC 2000 nº 24 p. 307.
- Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 30 mars 2017, JAAC 2/2017.
- Avis du 11 novembre 2020 sur l'interpellation 20.4158 du 24.09.2020 « Économie comportementale. Manipulation de l'État ». 2020.
- Message du 16 août 1972 relatif à l'approbation des Accords entre la Suisse et les Communautés européennes, FF 1972 II 645.
- Message du 23 mars 1988 concernant la loi fédérale sur la protection des données, FF 1988 II 421.
- Message du 24 février 1993 sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE, FF 1993 I 757.
- Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1.

– Message du 28 avril 1999 concernant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, FF 1999 5331.
– Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999 5440.
– Message du 14 novembre 2001 concernant la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT), FF 2002 2155.
– Message du 1er octobre 2004 relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, y compris les actes législatifs relatifs à la transposition des accords (« accords bilatéraux II »), FF 2004 5593.
– Message du 9 avril 2014 relatif à l'approbation de l'échange de notes entre la Suisse et l'UE concernant la reprise du règlement (UE) no 1053/2013 portant création d'un mécanisme d'évaluation et de contrôle destiné à vérifier l'application de l'acquis de Schengen, FF 2014 3197.
– Message du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, FF 2017 1695.
– Message du 15 septembre 2017 concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales, FF 2017 6565.
– Mise en œuvre du Plan d'action de la Suisse « Égalité entre femmes et hommes » par les autorités fédérales, 2002.
– Rapport du Conseil fédéral sur la situation des gens du voyage en Suisse, Partie II, 2006.
– Rapport du 15 juin 2007 sur les effets de divers instruments de politique européenne sur le fédéralisme de la Suisse.
– Rapport explicatif du 30 mai 2008 du Département fédéral des finances (DFF) sur le projet de consultation concernant la révision de la loi fédérale sur les marchés publics.
– Rapport du 26 mai 2021 relatif aux négociations sur un accord-cadre institutionnel entre la Suisse et l'UE.
– Rapport du Conseil fédéral du 2 juillet 2014 sur la Charte sociale européenne révisée.
– Réponse du 25 juin 2014 aux motions Trede (14.3343) et Semadeni (14.3370), « Protection des minorités nationales. Institution d'un groupe de travail ».
– La relation entre le droit international et le droit interne, 2010.

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES
– Création d'une institution nationale des droits de l'homme en Suisse.
– Direction du droit international public.
– Stratégie Égalité des genres et Droits des femmes du DFAE, 2017.

OFFICE FÉDÉRAL DE LA CULTURE
- Rapport et plan d'action du groupe de travail « Amélioration des conditions de vie nomade et promotion de la culture des Yéniches, des Manouches et des Roms », 2016.
- État de la mise en œuvre du plan d'action (2018) « Amélioration des conditions de vie nomade et promotion de la culture des Yéniches, des Manouches et des Roms ».

OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE
- Lettre du 20 octobre 2000 adressée aux chancelleries cantonales, accompagnée d'un résumé de l'intervention de Jean-Christophe Geiser et d'une liste de réponses aux questions les plus fréquentes.
- Lettre du 4 septembre 2002 adressée aux chancelleries cantonales.
- Lettre du 12 décembre 2002 adressée aux chancelleries cantonales, accompagnée d'une liste des actes législatifs cantonaux et des autorités de surveillance des avocats.

OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, Adaptation aux changements climatiques : Stratégie du Conseil fédéral : enjeux pour les cantons, 2015.

OFFICE FÉDÉRAL DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL (ARE)
- Le plan directeur cantonal, Guide de la planification directrice, 1997.
- Rapport d'examen du plan directeur du canton des Grisons du 19 septembre 2003.
- Rapport d'examen du plan directeur du canton de Schwyz du 7 septembre 2004.
- Rapport d'examen du plan directeur du canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures du 20 mars 2018.
- Rapport d'examen du plan directeur du canton du Tessin du 24 septembre 2013.
- Complément au guide de la planification directrice, 2014.

## Rapports et documents cantonaux et intercantonaux

AUTORITÉ INTERCANTONALE POUR LES MARCHÉS PUBLICS
- Rapport de consultation sur le projet d'Accord intercantonal sur les marchés publics révisé (P-AIMP) du 17 septembre 2015.
- Lettre du 22 septembre 2014 adressée aux gouvernements cantonaux en lien avec la consultation sur l'accord intercantonal sur les marchés publics.

BUREAU INTERPARLEMENTAIRE DE COORDINATION (FR,VD,VS,NE,JU), Rapport de gestion pour l'année 2015 du 31 décembre 2015.

COMMISSION INTERPARLEMENTAIRE CHARGÉE DE L'EXAMEN DU PROJET DE MODIFICATION DE L'ACCORD INTERCANTONAL SUR LES MARCHÉS PUBLICS (AIMP), Rapport final et prise de position du 28 mai 2015.

CONFÉRENCE DES GOUVERNEMENTS CANTONAUX (CdC)
- Lettre du 3 février 2017 aux interlocuteurs politiques et techniques des cantons, en charge de la mise en œuvre de Schengen/Dublin.
- Guide pratique du 2 février 2017 – Réforme européenne de la protection des données/Modernisation de la Convention du Conseil de l'Europe (Convention 108) : Adaptation des lois cantonales sur (l'information et) la protection des données.
- Rapport explicatif du 12 septembre 2007 de la CdC relatif à la Convention entre la Confédération et les cantons relative à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen/Dublin.
- La mise en œuvre du droit fédéral par les cantons, 2012.

CONFÉRENCE DES PRÉPOSÉ(E)S SUISSES À LA PROTECTION DES DONNÉES (PRIVATIM), Révision des lois cantonales sur la protection des données : adaptation au droit européen sur la protection des données, 2022.

CONFÉRENCE SUISSE DES DIRECTEURS CANTONAUX DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE, Commentaire des dispositions de l'accord intercantonal sur la collaboration dans le domaine de la pédagogie spécialisée, 2007.

CONFÉRENCE SUISSE DES DIRECTEURS CANTONAUX DES TRAVAUX PUBLICS, DE L'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE ET DE L'ENVIRONNEMENT (DTAP)
- Message-type de la DTAP du 15 mars 2001 relatif à la révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics AIMP.
- Rapport explicatif du 15 décembre 1993 concernant les principes législatifs relatifs à la passation des marchés publics dans les cantons.
- Rapport explicatif du 25 mars 1998 relatif à la révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics.

**AR**

DEPARTEMENT BILDUNG UND KULTUR DES KANTONS APPENZELL AUSSERRHODEN, Konzept Sonderpädagogik, 2017.

**BE**

CONSEIL-EXÉCUTIF DU CANTON DE BERNE
- Rapport du 19 octobre 2005 présenté par le Conseil-exécutif au Grand Conseil concernant la loi sur les avocats et les avocates (LA).

– Rapport du 30 janvier 2008 présenté par le Conseil-exécutif au Grand Conseil concernant la modification de la loi sur la protection des données (LCPD).
– Regierungsratsbeschluss vom 28. Mai 2014, Standortkonzept für Fahrende im Kanton Bern, 2014.
– Rapport du 5 décembre 2018 sur un crédit d'objet pour la planification, l'étude de projet et la réalisation d'une aire de transit destinée aux gens du voyage étrangers à Wileroltigen.
– Loi concernant l'adhésion à l'accord intercantonal sur les marchés publics (LAIMP). Complément du 17 février 2021 au rapport du 18 novembre 2020 concernant la proposition du 28 janvier 2021 de la majorité de la Commission des finances au sujet des articles 2a, 2b et 3a (réserve en faveur de la double instance de recours).

GRAND CONSEIL DU CANTON DE BERNE
– Crédit-cadre pour la planification et la réalisation d'aires de stationnement destinées aux gens du voyage de nationalité suisse adopté le 8 septembre 2016 (2016.RRGR.601).
– Motion relative à la création d'un service cantonal concernant les gens du voyage déposée le 19 août 2016 et retirée le 22 mars 2017 (2016.RRGR.773).

JUSTIZ- GEMEINDE- UND KIRCHENDIREKTION – KANTON BERN, Vortrag der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion an den Regierungsrat zur Einführungsverordnung zur EU-Datenschutzrichtlinie 2016/680 über den Schutz personenbezogener Daten, 27. Juni 2018.

**BS**

GESUNDHEITS- UND SOZIALKOMMISSION – GROSSER RAT DES KANTONS BASEL-STADT, Bericht vom 23. Mai 2019 zum Ratschlag und Bericht betreffend Kantonale Volksinitiative « Für eine kantonale Behindertengleichstellung » und Gegenvorschlag für ein Gesetz über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Behindertenrechtegesetz, BRG) sowie Bericht zur Motion Georg Mattmüller und Konsorten betreffend kantonales Behindertengleichstellungsrecht, 2019.

KOMITEE BEHINDERTENGLEICHSTELLUNG BS, Behindertengleichstellungsinitiative.

REGIERUNGSRAT DES KANTONS BASEL-STADT
– Ratschlag und Entwurf vom 26. September 2007 betreffend Teilrevision des Gesetzes über den Schutz von Personendaten (Datenschutzgesetz) vom 18. März 1992 (SG 153.260): Anpassung an Schengen/Dublin.

– Ratschlag und Bericht vom 16. Januar 2019 betreffend Kantonale Volksinitiative «Für eine kantonale Behindertengleichstellung» und Gegenvorschlag für ein Gesetz über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Behindertenrechtegesetz, BRG) sowie Bericht zur Motion Georg Mattmüller und Konsorten betreffend kantonales Behindertengleichstellungsrecht.

**FR**

CONSEIL D'ÉTAT DU CANTON DE FRIBOURG

– Message du 26 février 2002 du Conseil d'État au Grand Conseil accompagnant le projet de loi sur la profession d'avocat.
– Message du 4 mars 2008 du Conseil d'État au Grand Conseil accompagnant le projet de loi modifiant la loi sur la protection des données.
– Message du 28 novembre 2016 du Conseil d'État au Grand Conseil accompagnant le projet de loi sur la pédagogie spécialisée.

**GR**

REGIERUNG DES KANTONS GRAUBÜNDEN, Botschaft der Regierung an den Grossen Rat vom 25. Oktober 2005.

**NE**

CONSEIL D'ÉTAT DU CANTON DE NEUCHÂTEL

– Rapport du Conseil d'État au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi sur la profession d'avocat ou d'avocate (LAv) du 8 mai 2002.
– Rapport du Conseil d'État au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi sur le stationnement des communautés nomades (LSCN) du 6 novembre 2017.
– Rapport d'information du Conseil d'État au Grand Conseil concernant la gestion cantonale du transit et des séjours des gens du voyage sur le territoire neuchâtelois du 8 mars 2017.
– Arrêté abrogeant l'arrêté temporaire portant sur la mise à disposition d'une aire de transit aux gens du voyage du 16 décembre 2015.
– Rapport d'information du Conseil d'État au Grand Conseil concernant la stratégie cantonale en matière de pédagogie spécialisée du 5 mars 2018.
– Rapport d'information du Conseil d'État au Grand Conseil en réponse à la motion populaire 14.173 Pour une véritable politique cantonale en matière d'égalité pour les personnes en situation de handicap et à mobilité réduite du 28 mars 2018.
– Rapport du Conseil d'État au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi sur l'inclusion et sur l'accompagnement des personnes vivant avec un handicap (LIncA) du 22 février 2021.

COMMISSION DES PÉTITIONS ET DES GRÂCES DU GRAND CONSEIL DU CANTON DE NEUCHÂTEL, Rapport en réponse à la pétition du Syndicat des services publics – Région Neuchâtel (SSP-RN) « Pour une inclusion scolaire réaliste, réfléchie et dotée de moyens » du 4 octobre 2021.

**SG**

REGIERUNG
- Botschaft und Entwurf der Regierung vom 20. Mai 2008 zum Datenschutzgesetz.
- Botschaft und Entwurf der Regierung vom 9. Oktober 2018 zum Datenschutzgesetz.

**SO**

DEPARTEMENT BILDUNG UND KULTUR DES KANTONS SOLOTHURN, Konzept Sonderpädagogik 2020.

**SZ**

REGIERUNGSRAT DES KANTONS SCHWYZ, Bericht und vorlage vom 23. Januar 2007 an den Kantonsrat über das Gesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung und den Datenschutz.

**VD**

COMMISSION THÉMATIQUE DES AFFAIRES EXTÉRIEURES (CTAE) DU GRAND CONSEIL VAUDOIS, Commentaires et prise de position du 15 décembre 2014 sur la révision de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP).

GRAND CONSEIL DU CANTON DE VAUD
- Pétition relative à l'aménagement par le canton de Vaud de terrains de stationnement pour les Yéniches, Sintés et Roms nomades indigènes, en vertu de la reconnaissance par la Confédération de leur communauté au titre de minorité ethnique nationale (12_PET_003).
- Résolution « Terrain de stationnement pour les gens du voyage indigènes : à quand une action suivie d'effets ? » adoptée le 3 octobre 2017 (17_RES_046).

ÉTAT DE VAUD, Communiqué de presse « La procédure d'aménagement d'une place d'accueil pour les gens du voyage indigènes franchit une étape ».

**VS**

DÉLÉGATION AUX AFFAIRES EXTÉRIEURES DU GRAND CONSEIL VALAISAN, Lettre du 15 décembre 2014 à la DEET – Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP).

### ZG

KANTON ZUG, Motion 3019.1 von Luzian Franzini, Rita Hofer, Tabea Zimmermann Gibson, Andreas Lustenberger und Hanni Schriber-Neiger betreffend der Schaffung einer kantonalen Behörde zur Förderung der Chancengleichheit zwischen den Geschlechtern vom 11. Oktober 2019.

REGIERUNG DES KANTONS ZUG
- Motion von Luzian Franzini, Rita Hofer, Tabea Zimmermann Gibson, Andreas Lustenberger und Hanni Schriber-Neiger betreffend der Schaffung einer kantonalen Behörde zur Förderung der Chancengleichheit zwischen den Geschlechtern : Bericht und Antrag des Regierungsrats vom 3. März 2020.
- Gesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann – Bericht und Antrag des Regierungsrats vom 11. März 2016.

### ZH

REGIERUNGSRAT
- Antrag des Regierungsrates vom 13. November 2002 über das Anwaltsgesetz.
- Gesetz über die Information und den Datenschutz, Änderung, Anpassung an die europäische Datenschutzreform, Antrag an den Kantonsrat vom 4. Juli 2018.

# 1. Introduction

Michael fait partie de la communauté nomade suisse. En 1999, il a acheté une parcelle située en zone agricole dans la commune de Céligny (GE). En l'absence de sites appropriés dans le canton, il y a progressivement aménagé des chemins et une place de stationnement sans requérir les autorisations nécessaires. Il y a ensuite emménagé avec sa famille. Le canton lui a demandé à plusieurs reprises de remettre le terrain en état. Michael a alors déposé une demande d'autorisation de construire, qui lui a été refusée en raison de la non-conformité du projet à l'affectation de la zone. Michael a recouru contre cette décision jusqu'au Tribunal fédéral. En se fondant sur la liberté d'établissement (art. 24 Cst.), le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH) et les garanties conférées aux minorités ethniques par l'art. 27 du Pacte ONU II, il a invoqué un droit positif de s'installer à Céligny avec sa famille. Michael se prévalait ainsi de son droit « de conserver son identité tsigane et de mener une vie privée et familiale conforme au mode de vie traditionnel des Tsiganes, dans le respect de son domicile »[1]. Dans son ATF 129 II 321, le Tribunal fédéral a rejeté le recours, estimant qu'une dérogation aux dispositions de la loi sur l'aménagement du territoire était inadmissible en l'espèce. Il a précisé qu'une procédure de planification préalable était nécessaire pour aménager une place de stationnement comme celle envisagée par Michael. Le Tribunal fédéral a donc estimé qu'il appartenait aux autorités cantonales en charge de l'aménagement du territoire « de rechercher un emplacement adéquat et d'engager une procédure respectant les exigences démocratiques et les garanties de procédure »[2]. Il a précisé que cette planification « pourrait aussi être le résultat d'une coordination intercantonale, le cas échéant sous l'égide de la Confédération, qui aboutirait au choix d'un emplacement approprié en dehors du canton de Genève »[3]. En réponse à l'argument de Michael, qui invoquait les difficultés à mettre véritablement en œuvre de telles mesures dans le canton, le Tribunal fédéral a simplement répondu qu'il n'y avait « aucun motif de considérer – notamment en l'absence d'une démonstration, par le recourant, de leur caractère impraticable dans la région en cause – que ces démarches seraient systématiquement

1 TRIBUNAL FÉDÉRAL (2003), ATF 129 II 321, c. 3.4.

2 Ibid, c. 3.3.

3 Ibid.

vouées à l'échec sur le territoire national »[4]. La décision rendue par le Tribunal fédéral n'a donc pas permis la création d'un emplacement, sur lequel Michael aurait pu s'installer avec sa famille et y vivre conformément à leur mode de vie traditionnel.

Au départ, c'est l'inaction des autorités cantonales compétentes qui a contraint Michael à s'installer de manière illégale sur un terrain, puis à faire appel à la justice. Son recours aux autorités judiciaires n'ayant pas permis de forcer ces autorités à agir, le destin de Michael reste donc conditionné au bon vouloir de ces autorités. Dans le canton de Genève, le parlement est compétent pour approuver les plans d'aménagement du territoire élaborés par l'exécutif[5]. Pour faire agir les parlementaires genevois, Michael dispose désormais essentiellement des outils politiques traditionnels (pétition, initiative populaire). Il pourrait également s'engager au sein d'une organisation issue de la société civile et effectuer un travail de lobbying auprès du parlement. Il ne peut en revanche pas compter sur le système judiciaire pour obtenir la réalisation de son droit – garanti par plusieurs dispositions internationales – de mener une vie privée et familiale conforme à son mode de vie traditionnel.

L'exemple de Michael illustre la problématique qui fait l'objet de la présente thèse de doctorat. La Suisse a ratifié plusieurs traités internationaux qui contiennent des obligations positives de légiférer, lesquelles incombent, en droit interne, aux autorités cantonales, conformément à la répartition constitutionnelle des compétences. Dans l'exemple évoqué ci-dessus, l'obligation consiste à aménager des aires d'accueil pour les Yéniches, Sintés et Roms nomades[6]. Or en Suisse, l'aménagement d'aires d'accueil pour la population nomade est du ressort des cantons puisque ce sont eux qui sont compétents en matière d'aménagement du territoire. Cependant, comme l'illustre la situation de Michael, l'invocation de cette obligation internationale devant les autorités judiciaires ne permet pas d'obtenir sa réalisation en droit interne. En effet, la mise en œuvre de cette obligation de légiférer présuppose des décisions politiques locales, qui revêtent la forme de procédures législatives cantonales. Cette démarche implique l'action de plusieurs acteurs et organes cantonaux (exécutif, législatif, société civile, administration). Or ces divers acteurs et organes ne se sentent pas forcément concernés par l'obligation internationale d'aménager des aires d'accueil pour les communautés nomades. Au contraire, ils ont peut-être d'autres intérêts ou d'autres priorités politiques. Il est toutefois

4 Ibid, c. 3.4.

5 Voir art. 5 al. 4 et 5 de la loi genevoise d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire (LaLAT du 4 juin 1987).

6 Cette obligation est détaillée au chapitre 7.

important que ces entités s'engagent vis-à-vis de leurs obligations internationales et prennent des mesures pour les mettre en œuvre. Comme nous le verrons au chapitre 2, la souveraineté de la Suisse est en effet limitée par son appartenance à la communauté internationale[7]. Compte tenu de son appartenance à ce système interdépendant, le respect des normes qui le composent est nécessaire à la réalisation des objectifs poursuivis au sein de cette communauté[8]. La cohérence du système serait mise à mal – au détriment de ses membres – si ces normes n'étaient pas respectées.

Pour encourager l'engagement des acteurs cantonaux en charge de la mise en œuvre du droit international, plusieurs mécanismes sont envisageables : initiatives politiques, mobilisation de la société civile, coordination intercantonale, surveillance par le niveau fédéral, etc. Dans la présente thèse, nous avons fait le choix de nous concentrer sur les mécanismes qui encouragent l'engagement des parlements cantonaux avec leurs obligations internationales. Le parlement joue un rôle central dans la mise en œuvre interne du droit international puisque les lois constituent le socle sur la base duquel d'autres mesures internes seront ensuite adoptées[9]. En outre, plusieurs normes de droit international s'adressent avant tout aux autorités législatives internes, qui doivent alors légiférer pour mettre en œuvre l'obligation concernée[10]. Nous précisons ici d'emblée que la mise en œuvre du droit international doit être différenciée de son introduction en droit interne. Ainsi, plusieurs obligations internationales requièrent des mesures législatives de mise en œuvre indépendamment de la tradition moniste ou dualiste de l'État concerné.

En Suisse, la mise en œuvre du droit international ne fait pas toujours partie des priorités politiques des parlements cantonaux. Ainsi, face au manque d'acceptation sociétale des Yéniches, Sintés et Roms nomades – constaté aussi bien par la doctrine[11] que par les milieux spécialisés[12] – l'obligation de créer des aires d'accueil pour ces communautés ne rencontre généralement que peu de succès auprès des législatifs cantonaux[13]. À l'inverse, dans d'autres circonstances, il arrive qu'une obligation internationale de légiférer soit promptement mise en œuvre. Par exemple, lorsque la Suisse a adopté l'accord d'association

7 Voir point 2.1.

8 CHAYES/CHAYES (1995), 124.

9 Sur l'importance de l'action législative pour la mise en œuvre du droit international, voir par exemple : SPECK/DONALD (2018), 26 ; LYER (2019), 196ss ; SAUL (2017), 140 ; CHANG (2017), 5 ; DONALD/LEACH (2016), 72ss ; HUNT (2015), 14.

10 BESSON (2019a), 411 ; SCHMID (2015), 564.

11 SAMBUC BLOISE (2007), 2.

12 JUD/RÖTHLISBERGER (2019) ; DE GASPARO/RÖTHLISBERGER (2021), 6.

13 Voir développements à ce sujet au point 6.3.

à Schengen, les parlements cantonaux ont rapidement mis en œuvre l'acquis relatif à la protection des données, de manière à ce que les départements en charge de la police puissent recevoir les informations du système d'information Schengen (SIS)[14]. Dans ce cas, les départements de police avaient un intérêt à ce que l'obligation internationale d'adapter le droit suisse à l'acquis de Schengen sur la protection des données soit rapidement mise en œuvre. Ils ont donc exercé une pression sur les parlements cantonaux, accélérant ainsi le processus législatif[15]. Ces exemples montrent qu'il est parfois nécessaire de déployer de grands moyens et de mobiliser plusieurs acteurs pour encourager les parlements cantonaux à mettre en œuvre une obligation donnée, alors que ce processus se déroule apparemment sans effort dans d'autres cas. La présente thèse a pour objectif d'observer les mécanismes qui ont pour but de mettre en œuvre les obligations internationales de légiférer au niveau cantonal, aussi bien lorsque la volonté politique est présente que lorsqu'elle fait défaut. Ce chapitre introductif présente successivement la question de recherche (point 1.1), la méthode utilisée pour y répondre (point 1.2) et expose les limites inhérentes à la présente recherche (point 1.3).

## 1.1. La question de recherche

Le droit international repose encore largement sur les ordres juridiques internes des États pour déployer ses effets[16]. Dans la mesure où le droit international ne dispose pas des institutions capables d'appliquer directement les normes qu'il crée, il doit principalement, en vertu du principe de subsidiarité, s'en remettre aux organes des États pour mettre en pratique les règles qu'il définit[17]. Malgré l'évolution récente des relations internationales, le droit international contemporain reste en effet un système juridique décentralisé, dans lequel la création et la mise en œuvre centralisée du droit constitue encore l'exception[18]. ANTONIO CASSESE relève que « most international rules, to become operative, need to be applied by State officials or individuals within domestic legal system. National implementation of international rules is thus

14 À ce sujet, voir chapitre 4.

15 Informations recueillies lors d'un entretien avec BEAT RUDIN (préposé à la protection des données du canton de Bâle-Ville) en date du 11 janvier 2021.

16 Pour plus de détails à ce propos, voir point 2.2.1.

17 KOLB (2002), 132 ; CARRARO (2019), 1081.

18 PAULUS (2011), 113 s. Selon lui, « in a decentralized system, decentralized means of enforcement continue to be necessary ».

of crucial importance »[19]. Cette « internalisation »[20] du droit international n'intervient toutefois pas de manière automatique. Au contraire, il s'agit d'un processus complexe qui requiert la mobilisation d'une multitude d'acteurs au sein des États[21]. Pour motiver ces différents acteurs à agir, plusieurs mécanismes doivent être mis en place[22]. La notion de mécanisme sera définie et explicitée en détail au chapitre suivant[23]. À ce stade, nous précisons simplement qu'elle se réfère aux divers outils, méthodes ou instruments dont l'objectif est d'encourager les parlementaires cantonaux à mettre en œuvre leurs obligations internationales. Ainsi, cette notion peut couvrir aussi bien des outils politiques cantonaux, des mesures de surveillance fédérale ou des décisions judiciaires incitatives.

L'étude des mécanismes internes nécessaires à la mise en œuvre du droit international n'est pas nouvelle. Elle s'est d'ailleurs récemment intensifiée dans la littérature suisse et internationale[24]. Ainsi, plusieurs études récentes reconnaissent le rôle décisif joué par de tels « mécanismes » en lien avec la mise en œuvre de jugements internationaux[25]. RACHEL MURRAY et CHRISTIAN DE VOS soulignent en particulier l'importance de ces mécanismes pour identifier les acteurs chargés de coordonner la mise en œuvre[26]. Leur existence permet selon eux d'améliorer cette dernière en l'appréhendant comme un processus technique et administratif et non purement politique[27]. Par ailleurs, une édition spéciale du *Nordic Journal of Human Rights* parue en 2019 a été consacrée à l'institutionnalisation nationale des droits humains[28]. Il en ressort que des structures et des mécanismes internes « represent a response to bridging the implementation gap between commitments and

19 CASSESE (2005), 217.

20 Sur cette notion : voir points 2.1 et 2.2.2 ci-dessous.

21 Au sujet de la mise en œuvre des décisions et jugements supranationaux : MURRAY/DE VOS (2020), 23.

22 En ce sens : STEPHAN (2017), 466. Selon lui, « [b]ecause of the absence of an international state, international law relies principally on complex enforcement mechanisms, in distinction to a single powerful law enforcer. The issue thus shifts to the design and operation of enforcement mechanisms under conditions of decentralized power and authority».

23 Voir point 2.4.

24 MURRAY/DE VOS (2020) ; MURRAY (2020) ; DONALD/SPECK (2020) ; JENSEN/LAGOUTTE/LORION (2019) ; LORION (2019) ; WYTTENBACH (2017) ; WYTTENBACH (2018).

25 MURRAY (2020), 1 ; DONALD/SPECK (2020), 67.

26 MURRAY/DE VOS (2020), 36.

27 Ibid.

28 Nordic Journal of Human Rights, Volume 37, 2019 – Issue 3: The Domestic Institutionalisation of Human Rights.

reality »[29]. Dans son étude, SÉBASTIEN LORION met toutefois en garde contre le risque que les processus de mise en œuvre deviennent plus importants que les résultats[30]. Il craint ainsi que la création de mécanismes puisse être utilisée comme excuse pour justifier un retard ou un défaut de mise en œuvre[31]. Dans le même sens, nous sommes d'avis que la création de mécanismes de mise en œuvre ne doit pas prendre le pas sur l'objectif initial, soit l'adhésion de la conscience des parlementaires, et de l'opinion publique en général, aux obligations internationales.

Aussi, la présente thèse ne vise pas à proposer de nouveaux mécanismes internes de mise en œuvre du droit international mais à identifier ceux qui existent déjà et à analyser les conditions de leur mise en place et de leurs effets. Loin de constituer une « exacerbation croissante du formalisme »[32], cette démarche permet de diffuser et de mobiliser ces mécanismes en faveur de la mise en œuvre du droit international. Dans le système fédéraliste suisse, l'identification de ces mécanismes est également utile pour permettre l'apprentissage intercantonal. Par exemple, si un mécanisme particulièrement innovateur est développé dans un certain canton, il s'agit de le faire connaître dans les autres cantons. En outre, en analysant le rôle et le fonctionnement de ces mécanismes, le présent travail permet de mieux comprendre comment influencer les activités des autorités législatives.

La présente thèse s'inscrit dès lors dans une tendance actuelle en droit international, laquelle vise à rechercher des solutions pour combler ce que plusieurs auteurs ont qualifié d'« implementation gap » du droit international, en étudiant les réalités juridiques internes qui entourent sa mise en œuvre[33]. Le but d'une telle approche est de comprendre comment s'effectue la mise en

29 JENSEN/LAGOUTTE/LORION (2019), 165. Ils mentionnent en particulier les points focaux au sein de l'administration nationale et les commissions parlementaires relatives aux droits humains.

30 LORION (2019), 257.

31 Pour illustrer ses propos, il prend l'exemple du Népal, qui a constamment rejeté les recommandations de l'EPU suggérant la ratification de divers traités de protection des droits humains au motif que le gouvernement souhaitait construire les infrastructures nécessaires avant d'adhérer à tout instrument international.

32 LORION (2019), 257.

33 Selon ALEXANDER BETTS et PHIL ORCHARD, « understanding the implementation of international norms relies upon opening the domestic ‹ black box › » (BETTS/ORCHARD (2014), 18). JULIE FRASER étudie le rôle des « institutions sociales » dans la mise en œuvre interne du droit international des droits humains (FRASER (2020) ; FRASER (2019), 975). Dans le cadre du Human Rights Law Implementation Project, dirigé par RACHEL MURRAY, plusieurs chercheuses et chercheurs observent les processus et les mécanismes internes grâce auxquels les États se conforment aux décisions prises par des organes régionaux de protection des droits humains (MURRAY (2020), 23 ; MURRAY/DE VOS (2020), 2.). Voir également : FARBER (2016), 3 ; GRAY (2014), 55 ; JENSEN/LAGOUTTE/LORION (2019), 165 ; THE COMMONWEALTH (2018), 12 ; CHANG (2017), 9.

œuvre interne du droit international grâce à des exemples concrets. Comme les traités sont généralement muets quant à la manière dont ils doivent être mis en œuvre[34], il est en effet nécessaire de s'intéresser aux ordres juridiques internes des États pour étudier ces processus. En Suisse, certains travaux juridiques récents se sont d'ailleurs intéressés à la mise en œuvre des obligations internationales dans l'ordre juridique interne[35].

L'objectif de cette thèse est ainsi d'identifier les moyens permettant d'encourager les autorités législatives des cantons suisses à mettre en œuvre leurs obligations internationales[36]. Pour y parvenir, nous avons effectué six études de cas, issues de deux groupes distincts d'obligations internationales : les accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE[37] et la protection internationale des droits humains. Les raisons de ce choix seront présentées ci-dessous (point 1.2.2). Dans chacune de ces études de cas, nous nous sommes concentrée sur l'étude des mécanismes qui favorisent l'engagement des autorités législatives cantonales à l'égard de leurs obligations internationales. De cette manière, nous avons cherché à répondre à la question de recherche suivante : Quels sont les mécanismes internes qui favorisent l'engagement des autorités législatives cantonales dans la mise en œuvre des obligations internationales prises par la Suisse ?

Fondé sur les observations recueillies dans nos diverses études de cas, le résultat de notre recherche catégorise et analyse les différents mécanismes identifiés. De cette manière, nous offrons une vue d'ensemble des possibilités qui existent, dans le cadre juridique positif suisse, pour encourager la mise en œuvre législative du droit international par les cantons. Cette étude présente ainsi des pistes pour faciliter l'engagement des parlements cantonaux à l'égard de leurs obligations internationales. Nous précisons à ce stade que le terme d'« engagement » des parlements vis-à-vis du droit international ne fait pas nécessairement référence à l'adoption d'une loi cantonale de mise en œuvre de l'obligation concernée. Cette notion fait l'objet d'un ouvrage co-rédigé par les cinq membres du projet FNS 182148[38]. Elle se réfère à l'idée selon laquelle les

34 CASSESE (2005), 219 ; SCHAUS (2011), para. 2 ; DENZA (2018), 386 ; SCHAUS (2001), 41.

35 WYTTENBACH (2017) ; PÉTERMANN (2014) ; MARLÉTAZ (2021).

36 La présente thèse se concentre sur la mise en œuvre d'obligations internationales précises et non sur la mise en œuvre des traités de manière générale.

37 Au sujet de ce choix, nous précisons d'emblée que l'abandon de l'accord institutionnel négocié depuis 2013 entre la Suisse et l'Union européenne ne modifie pas le régime juridique applicable aux accords étudiés dans la présente thèse. En revanche, il empêche la conclusion de nouveaux accords et l'actualisation des accords existants (CONSEIL FÉDÉRAL (2021), Rapport du 26 mai 2021 relatif aux négociations sur un accord-cadre institutionnel entre la Suisse et l'UE, 29s.). Si les négociations ne reprennent pas, les accords existants s'éroderont avec le temps, entraînant vraisemblablement des désavantages pour les deux parties.

38 MIAZ/SCHMID/NIEDERHAUSER/KAEMPFER/MAGGETTI (à paraître)

autorités politiques d'un canton (parlement et gouvernement) prennent des mesures politiques et législatives pour se saisir d'un traité international en vue de sa mise en œuvre (future). L'engagement se produit donc lorsque des acteurs occupant des positions institutionnelles de pouvoir et d'influence ont l'intention de prendre des mesures en vue de la mise en œuvre d'un traité ou de certaines de ses parties. Cet engagement est primordial pour la mise en œuvre du droit international. Les obligations internationales relèvent en effet d'une vision de la société et engagent à ce titre des valeurs et des conceptions qui, dans une société démocratique comme la nôtre, ne s'imposent pas d'elles-mêmes : elles doivent faire l'objet d'un consensus politique, qui lui-même ne s'obtient que par le débat, le travail de conviction ou la mise en évidence d'un intérêt collectif.

La recherche entreprise dans la présente thèse contribue au débat sur la mise en œuvre législative du droit international en définissant le concept de « mécanisme interne de mise en œuvre ». En fournissant plusieurs exemples issus de la pratique suisse, elle met en lumière les possibilités qui existent déjà pour encourager les autorités législatives cantonales à mettre en œuvre leurs obligations internationales. Sans chercher à démontrer quels mécanismes sont les plus efficaces ou les plus prometteurs, elle offre une typologie des mécanismes de mise en œuvre et analyse leur rôle et leur fonctionnement en action. En outre, elle permet de montrer les effets que ces mécanismes ont eus dans certains cas précis. Même s'il est rarement possible d'établir un lien de causalité entre un mécanisme et l'engagement d'un parlement à l'égard d'une obligation internationale, notre étude permet de montrer comment certains mécanismes peuvent influencer les activités législatives. L'absence de mécanisme relatif à une obligation donnée ne signifie pas nécessairement que les autorités législatives cantonales ignoreront simplement cette obligation. En revanche, notre recherche montre que l'existence de certains types de mécanismes permet de diriger la manière dont les autorités cantonales s'engagent face à leurs obligations internationales.

Dans l'exemple de Michael, pour obtenir la réalisation des garanties que le droit international lui confère, il est nécessaire que les autorités législatives cantonales agissent en ce sens. Pour encourager ces autorités à agir, la présente thèse présente plusieurs mécanismes qui promeuvent l'action législative cantonale. L'approche adoptée pour y parvenir – six études de cas issues de deux groupes d'obligations distincts – permet d'observer une variété de mécanismes et d'identifier ainsi plusieurs manières d'inciter les autorités législatives cantonales à s'engager avec leurs obligations internationales.

## 1.2. La méthode

La méthode de recherche utilisée dans le contexte de la présente thèse s'inscrit dans une approche transversale, faisant appel aussi bien à la technique juridique (ou dogmatique juridique) qu'à la sociologie du droit – soit deux des quatre méthodes d'analyse en droit international résumées par OLIVIER CORTEN[39]. Aussi, par technique juridique, on entend ici la démarche qui consiste à « déterminer le contenu d'une règle à partir d'une prise en compte des sources formelles du droit international positif [...] et à exposer l'état du droit tel qu'il existe et à en déterminer le contenu »[40]. Quant à la sociologie du droit, elle « [confronte] des règles juridiques ou des concepts de droit international à la réalité sociale existante »[41]. Comme nous le verrons, cette approche « socio-juridique » du droit nous permettra de dépasser l'analyse juridique doctrinale de notre question de recherche. Cette deuxième section vise à décrire en détail la méthode utilisée (point 1.2.1), puis à exposer les raisons qui justifient la sélection des différentes études de cas (point 1.2.2), avant de présenter brièvement la structure de la thèse (point 1.2.3).

### 1.2.1. La méthode de recherche

La méthode de recherche choisie pour étudier les mécanismes internes de mise en œuvre du droit international par les autorités législatives des cantons suisses consiste à analyser plusieurs études de cas, issues de deux groupes distincts d'obligations internationales : les accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE et la protection internationale des droits humains. D'une manière générale, les études de cas visent à identifier les conditions et les processus associés à certains résultats[42]. En l'espèce, comme nous cherchons à identifier des mécanismes dont le résultat est de favoriser l'engagement des autorités législatives cantonales avec leurs obligations internationales, une étude de cas est appropriée. L'usage de cette méthode nous permet en effet de comprendre, en pratique, comment fonctionnent ces mécanismes et d'observer la manière dont ils sont reçus et utilisés par les autorités législatives cantonales concernées.

Pour chaque étude de cas, nous avons choisi de procéder en deux étapes successives. La première a pour but d'identifier l'obligation internationale de

39 CORTEN (2017), 22 à 27. Cet auteur distingue quatre méthodes d'analyse en droit international : la technique juridique ou dogmatique juridique, la théorie du droit, la philosophie du droit et la sociologie du droit.

40 Ibid, 23.

41 Ibid, 27.

42 DAVIDSON (2021), 230.

légiférer sur la base des traités applicables dans le cas d'espèce. Pour cette première étape, nous utilisons la méthode de la technique juridique, soit l'approche positiviste traditionnelle en droit, consistant à définir les contours et le fonctionnement des règles étudiées[43]. Concrètement, il s'agit d'une analyse documentaire des traités pertinents, en utilisant aussi bien des ouvrages de doctrine que des documents issus d'acteurs et d'organisations internationales[44]. La méthode relative à l'interprétation de ces dispositions sera présentée dans le chapitre suivant[45].

La seconde étape vise quant à elle à identifier les mécanismes internes qui encouragent l'engagement des autorités législatives cantonales avec leurs obligations internationales. Elle s'inscrit dans une approche de sociologie du droit puisqu'elle vise à « confronter des règles juridiques ou des concepts de droit international à la réalité sociale existante »[46]. L'approche suivie ne cherche pas à questionner ce qu'est le droit dans l'abstrait, mais plutôt à examiner comment le droit est pratiqué[47]. Pour y parvenir, nous nous sommes inspirée de la méthode de sciences politiques appelée *process-tracing* – en y apportant toutefois une modification majeure, comme nous le développerons ci-dessous. Le *process-tracing* est une méthode de recherche centrée sur les processus[48]. Elle vise à retracer des mécanismes de causalité grâce à une analyse empirique détaillée de la manière dont un mécanisme a fonctionné dans un cas réel[49]. En d'autres termes, cette méthode permet d'analyser ce qui relie une variable indépendante (la cause) au résultat d'une variable dépendante[50]. Elle permet ainsi de saisir l'influence qui lie des causes à des conséquences[51] en examinant les « intermediate steps in a process to make inferences about hypotheses on how that process took place and whether and how it generated the outcome of interest »[52]. De manière simplifiée, elle peut être décrite comme « une méthode qui vise à étudier ce qui se passe entre X et Y »[53]. Elle cherche donc à répondre à des questions du type « Pourquoi ce

43 RATNER/SLAUGHTER (2004), 5 ; CORTEN (2017), 25.

44 Sur le choix de nous concentrer sur les traités voir point 1.3 ci-dessous.

45 Voir point 2.3.2.1.

46 CORTEN (2017), 27.

47 DEPLANO/TSAGOURIAS (2021), 3.

48 BLATTER/BLUME (2008), 322 ; BLATTER (2013), 10.

49 BEACH/PEDERSEN (2019), 1.

50 MEGURO (2021), 265 ; PALIER (2019), 510.

51 MEGURO (2021), 265.

52 KAPISZEWSKI/TAYLOR (2013), 818.

53 PALIER (2019), 512.

résultat s'est-il produit ? »[54]. Dans le domaine juridique, elle peut être utilisée pour remédier à certaines faiblesses de l'approche doctrinale classique[55].

Au cœur de cette approche, se trouve la notion de « mécanisme », soit le « causal [process] that [is] triggered by causes and that link them with outcomes in a productive relationship »[56]. Selon cette méthode, les mécanismes sont donc des processus qui font le lien entre une cause et un résultat. Ils servent à identifier quels processus ont été déterminants dans un cas donné[57]. Sur la base de ce raisonnement, l'étude des mécanismes doit être distinguée d'une approche descriptive visant simplement à observer les événements qui surviennent entre une cause et un résultat[58]. Pour MAIKO MEGURO – qui utilise la méthode du *process-tracing* dans le cadre de ses recherches juridiques – les mécanismes revêtent une dimension causale puisqu'ils participent au processus qui lie une cause et un résultat[59].

En réalité, il est toutefois rare qu'un mécanisme soit la seule cause qui conduise à un résultat. Dans la pratique, plusieurs mécanismes différents interagissent généralement ensemble et avec d'autres facteurs. Évaluer la performance de l'un de ces mécanismes n'est pas aisé puisqu'elle demande d'isoler le rôle joué par le mécanisme en question parmi une variété d'autres facteurs[60]. DEREK BEACH et RASMUS BRUN PEDERSEN reconnaissent dès lors la nécessité, lorsque l'on étudie des mécanismes, de prendre en compte le contexte et les circonstances qui les entourent[61]. Ils reconnaissent que « we almost never have access to the full evidentiary record » qui lie une cause et un résultat[62]. Ainsi, dans le « overall jigsaw puzzle of potential empirical evidence that the causal mechanism is theorized to produce »[63], il peut être difficile d'identifier les éléments qui sont réellement liés au mécanisme. Dans le même sens, ALICE DONALD et ANNE-KATRIN SPECK – qui appliquent la méthode du *process-tracing* dans le cadre d'une étude consacrée à la mise en œuvre des jugements de la CourEDH – reconnaisent que « determining causality is often a

54 BLATTER/HAVERLAND (2014), 59.

55 MEGURO (2021), 267. Selon cette auteure « insights from process-tracing elucidate and can remedy methodological weaknesses of current international scholarship ».

56 BEACH/PEDERSEN (2019), 30.

57 Ibid.

58 Ibid, 31.

59 MEGURO (2021), 273.

60 En ce sens au sujet des mécanismes internationaux de mise en œuvre : CARRARO (2019), 1079.

61 BEACH/PEDERSEN (2019), 202.

62 Ibid, 203.

63 Ibid, 204.

fraught process »[64]. En lien avec la mise en œuvre des jugements étudiés, elles concluent que « causality remains hard to determine with precision since judgments may form part of a protracted flow of events and decision-making, advancing or stalling over a period of years »[65]. D'ailleurs, au moins deux auteurs ayant consacré leur recherche à certains mécanismes internes de mise en œuvre du droit international ont déjà été critiqués pour ne pas avoir démontré l'existence d'un lien de causalité entre les mécanismes identifiés et la mise en œuvre interne des obligations étudiées[66]. Dans ces conditions, même si notre méthode de recherche s'inspire du *process-tracing* dans la mesure où nous effectuons une analyse qualitative de plusieurs processus de mise en œuvre, nous avons choisi de nous éloigner de l'aspect causal relatif à cette méthode. Ainsi, nous ne chercherons pas à établir de lien de causalité entre les mécanismes observés et l'engagement des parlementaires dans les cas d'étude choisis. Notre démarche consiste plutôt à analyser le rôle de ces mécanismes dans un processus législatif et à comprendre comment – au sein d'un processus de mise en œuvre plus large – ils encouragent l'engagement des autorités législatives cantonales. Comme nous l'avons vu, il est en effet très difficile de prouver l'existence d'un lien de causalité entre un mécanisme et un résultat puisqu'il est souvent probable que d'autres éléments explicatifs interviennent dans la formation du résultat[67].

La manière dont nous avons sélectionné nos différentes études de cas est également inspirée de la méthodologie relative au *process-tracing*[68]. Selon

64 DONALD/SPECK (2020), 4.

65 Ibid, 7.

66 KROMMENDIJK (2011), 271 ; POSNER (2012), 831. JASPER KROMMENDIJK critique la thèse de GAUTHIER DE BECO intitulée « Non-Judicial Mechanisms for the Implementation of Human Rights in European States », dans laquelle il plaide en faveur de la création de mécanismes internes pour améliorer la mise en œuvre des droits humains. Il mentionne notamment les institutions nationales des droits humains, les indicateurs des droits humains, les études d'impact sur les droits humains et les plans d'action nationaux en matière de droits humains (DE BECO (2010), 3.). KROMMENDIJK salue le fait d'avoir donné une vue d'ensemble des mécanismes de mise en œuvre existants et décrit leurs avantages, mais il estime que ces avantages sont insuffisamment étayés et soutenus par des preuves empiriques. ERIC POSNER, pour sa part, critique l'ouvrage de BETH SIMMONS intitulé « Mobilizing for Human Rights », dans lequel elle indique que le respect des traités internationaux relatifs aux droits humains est principalement le résultat de mécanismes mis en place au niveau national : la définition de l'agenda politique par l'exécutif, l'activité des tribunaux et l'activisme (SIMMONS (2009), 126ss.). ERIC POSNER estime que le degré de causalité démontré par SIMMONS est limité. Ces deux critiques montrent bien combien il est difficile de mesurer ou d'évaluer l'efficacité d'un mécanisme de mise en œuvre.

67 MEGURO (2021), 268 ; PAHUJA (2021), 69.

68 BEACH/PEDERSEN (2019), 89ss.

cette méthode, l'étude de mécanismes qui lient une cause à un résultat ne peut se faire que dans les cas où de tels mécanismes sont présents, du moins en théorie[69]. L'existence d'un mécanisme est donc déterminante pour la sélection des cas : il s'agit d'une précondition nécessaire pour être en mesure de « take a deep look into the black box of the causal process »[70]. En effet, retracer un mécanisme inexistant dans un cas où nous savions *a priori* qu'il n'était pas présent ne nous apprend rien sur le fonctionnement du mécanisme[71]. Cela signifie que l'accès aux sources ainsi qu'aux acteurs et actrices de la mise œuvre est nécessaire pour entreprendre une telle démarche[72]. Concrètement, il convient de commencer par cartographier une population de cas en les notant en fonction de la présence, ou non, d'une cause supposée déclencher un mécanisme et d'un résultat[73]. Dans le cadre de la présente thèse, cette recherche préliminaire nous a permis d'identifier des cas dans lesquels une obligation internationale (la « cause »)[74] avait déclenché une action (des « mécanismes ») ayant potentiellement encouragé l'engagement des parlementaires cantonaux à l'égard de leurs obligations (le « résultat ») et d'éliminer les cas dans lesquels ces éléments n'étaient pas présents[75].

Après avoir procédé à la sélection de nos six études de cas, pour chacune d'entre elles, nous avons commencé par parcourir les recueils systématiques des différents cantons à la recherche de lois de mise en œuvre. Lorsqu'une ou plusieurs lois de mise en œuvre ont pu être identifiées, nous avons ensuite consulté les documents y relatifs (projet de loi, rapport de l'exécutif, rapports de commissions, etc.) et les débats parlementaires entourant son adoption. De cette manière, nous avons déjà pu identifier un certain nombre de mécanismes, mentionnés dans les documents de l'exécutif et/ou lors de débats parlementaires. Après avoir identifié ces mécanismes, nous avons évidemment aussi consulté les documents y relatifs (rapports, concordats, guides, lettres, plans d'action, jugements, etc.). D'autres mécanismes ont également été identifiés en consultant les pages internet de l'administration fédérale et de diverses organisations de la société civile. Il s'agit généralement de mécanismes qui ont pour but d'encourager les autorités législatives cantonales à agir, mais qui n'ont pas (encore) été mentionnés lors de débats parlementaires. Pour étoffer

69 Ibid, 90.

70 BLATTER/BLUME (2008), 340.

71 BEACH/PEDERSEN (2019), 90.

72 BLATTER/BLUME (2008), 340.

73 BEACH/PEDERSEN (2019), 90.

74 Comme mentionné ci-dessus, nous ne cherchons en réalité pas à prouver l'existence d'un lien de causalité entre la cause et le résultat observé.

75 Sur la sélection des cas, voir point 1.2.2.2 ci-dessous.

nos données et obtenir certaines informations complémentaires, nous avons également mené plusieurs entretiens semi-directifs avec différents acteurs et actrices de la mise en œuvre[76]. Ces entretiens avaient une portée essentiellement informative puisqu'ils nous ont permis d'obtenir des informations inaccessibles autrement au sujet de certains mécanismes de mise en œuvre étudiés. Enfin, nous avons également obtenu plusieurs documents et informations directement auprès des acteurs et actrices de la mise en œuvre, par le biais de plusieurs échanges de courriers électroniques. Bien que nous ayons conduit des recherches minutieuses pour nos six études de cas, nous n'excluons pas que d'autres mécanismes aient pu entrer en ligne de compte dans les différents processus de mise en œuvre des obligations étudiées. En outre, comme nous avons choisi de nous concentrer sur les cas dans lesquels un certain degré d'engagement parlementaire avait pu être observé, nous n'avons pas analysé les cas dans lesquels nous n'avons trouvé aucun mécanisme et aucune mesure de mise en œuvre.

La méthode décrite ci-dessus suit une démarche « socio-juridique » puisqu'elle utilise la technique juridique – méthode de recherche classique en droit – et s'inspire en parallèle de la méthode du *process-tracing*, issue des sciences politiques. Une telle approche s'inscrit dans un courant scientifique qui cherche à analyser l'impact du droit sur la société, par le biais de recherches empiriques[77]. Ce courant de recherche, qui s'est surtout développé en Amérique du Nord, a donné lieu à deux mouvements émergents : le « New Legal Realism » et les « Empirical Legal Studies », qui cherchent à légitimer la recherche empirique dans le domaine juridique[78]. S'ils ne sont pas encore très répandus dans les facultés de droit en Suisse, ces mouvements y sont néanmoins étudiés[79]. Cette approche « socio-juridique » du droit consiste à examiner le droit en action, pratique qui passe notamment par l'analyse de documents et la réalisation d'entretiens[80]. Dans le même sens, la présente thèse ne se limite pas à l'étude de textes juridiques, mais s'intéresse à la manière dont ces textes sont utilisés par différents acteurs et actrices de la pratique. Cette

76 Nous avons effectué douze entretiens au total. Voir la liste qui figure en annexe (p. 289).

77 TALESH/MERTZ/KLUG (2021), 1.

78 Voir à ce sujet : MILES/SUNSTEIN (2007) ; TALESH/MERTZ/KLUG (2021), 1.

79 Le programme doctoral en droit de la Conférence universitaire de Suisse occidentale (CUSO) a par exemple récemment proposé un séminaire méthodologique intitulé « Introduction aux méthodes de recherche des sciences sociales ». Ce séminaire, auquel l'auteure a participé, était organisé par Véronique Boillet. Il s'est tenu à l'Université de Lausanne en date du 17 septembre 2021. Par ailleurs, à l'Université de Genève, Michelle Cottier s'intéresse à l'approche socio-juridique du droit, particulièrement en lien avec le droit de la famille. Voir notamment : COTTIER (2014) ; COTTIER (2019) ; COTTIER (2020).

80 COTTIER (2019), 81.

approche nous permet d'analyser les effets potentiels des différents mécanismes étudiés[81] et de décrire leur fonctionnement en pratique.

### 1.2.2. La sélection des six études de cas

Après avoir présenté notre méthode de recherche, cette seconde section vise à justifier les différents choix effectués pour mener à bien notre analyse. Nous commencerons par énumérer les raisons qui nous ont poussée à sélectionner deux groupes d'obligations : les accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE et la protection internationale des droits humains (point 1.2.2.1). Dans un second temps, nous montrerons comment nous avons sélectionné six études de cas au sein de ces deux groupes d'obligations (point 1.2.2.2).

#### 1.2.2.1. Les deux groupes d'obligations sélectionnés

Du point de vue du droit international, il importe peu de savoir de quel traité émane une obligation : à moins qu'elle ne puisse être appliquée directement, elle devra être mise en œuvre par les autorités internes des États parties. En théorie, le domaine du droit international concerné, l'État dans lequel l'obligation est mise en œuvre ou d'autres éléments contextuels ne devraient donc pas influencer le processus interne de mise en œuvre. En pratique, les obligations internationales ne sont toutefois pas mises en œuvre avec la même rapidité ou la même systématique dans tous les domaines, dans tous les États ou dans tous les contextes politiques[82]. Au contraire, le sentiment d'urgence ou de nécessité des autorités internes de mise en œuvre et la pression qu'elles peuvent ressentir varient selon le contexte. En ce sens, ALEXANDER BETTS et PHIL ORCHARD considèrent que « formal legal agreements can be subject to variable forms of implementation, triggered by international economic and ideational pressure as well as variable level of domestic socialization and capacity »[83]. Ces auteurs ajoutent que « specific patterns of implementation will emerge for different issue-areas and different norms »[84]. Ainsi, parmi d'autres facteurs, il apparaît que le domaine du droit peut exercer une influence sur la mise en œuvre des obligations qu'il contient.

81 L'identification de certains effets dans un cas particulier ne signifie pas que le mécanisme étudié aura les mêmes effets dans une autre situation. L'approche suivie permet cependant de comprendre comment les obligations internationales peuvent être utilisées dans des cas concrets.

82 Voir en ce sens : BETTS/ORCHARD (2014), 1. « States that have the same or similar levels of institutionalization of the same international norms may nevertheless exhibit significant variation in how those norms play out in practice. »

83 Ibid, 9.

84 Ibid.

En particulier, les différents domaines du droit international public (droit de la mer, droit de l'environnement, droit des investissements, droits humains, droit pénal, droit de la migration, droit humanitaire, droit du commerce) ne revêtent pas tous la même sensibilité politique[85]. Ainsi, une disposition internationale qui prévoit l'obligation de détenir un permis pour conduire un bateau d'une puissance supérieure à 10 chevaux-vapeur[86] ne fera vraisemblablement pas l'objet de grandes controverses au moment de sa mise en œuvre alors que la mise en œuvre du principe de non-refoulement[87] sera de nature à créer des débats politiques passionnés[88]. Par ailleurs, les dispositions contenues dans les traités internationaux peuvent être formulées de manière plus ou moins précise[89]. Alors que dans certains domaines, les normes sont plutôt techniques et concrètes, dans d'autres, elles sont formulées abstraitement et fixent « uniquement » des objectifs à atteindre. Par exemple, une norme internationale qui définit les exigences essentielles de sécurité et de santé des ascenseurs[90] ne laisse pas beaucoup de place à l'interprétation par les autorités de mise en œuvre. Au contraire, une disposition internationale qui prévoit que les États parties « cherchent à parvenir au plafonnement mondial des émissions de gaz à effet de serre dans les meilleurs délais »[91] pourra donner lieu à des interprétations et des applications très différentes selon le contexte dans lequel elle sera mis en œuvre. Comme nous l'avons déjà évoqué à plusieurs reprises, nous avons choisi de limiter notre recherche à deux groupes d'obligations internationales : les accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE et la protection internationale des droits humains.

La protection des droits humains et les relations bilatérales entre la Suisse et l'UE sont des questions politiquement sensibles – ce qui rend probable l'existence de plusieurs mécanismes de mise en œuvre dans ces domaines. Par ailleurs, les obligations contenues dans ces traités sont, pour la plupart,

85 À l'intérieur de ces grands domaines, certains sujets peuvent également être plus sensibles que d'autres : par exemple au sein du domaine des droits humains, les droits économiques, sociaux et culturels entraînent souvent plus de controverses que les droits civils et politiques.

86 Voir l'art. 6 de l'accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République française concernant la navigation sur le Léman du 7 décembre 1976 (RS 0.747.221.1). Cet exemple est inspiré du cours de droit international public dispensé par Evelyne Schmid aux étudiants et étudiantes de première année.

87 Voir l'art. 33 de la Convention relative au statut des réfugiés du 18 juillet 1951 (RS 0.142.30).

88 Voir à ce propos : BETTS (2014).

89 Dans le même sens : BETTS/ORCHARD (2014), 11.

90 Voir l'annexe I de la directive 2014/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014, qui fait partie de l'acquis de l'UE repris par la Suisse.

91 Voir l'art. 4 al. 1 de l'Accord de Paris sur le climat (RS 0.814.012).

suffisamment anciennes pour que des mécanismes favorisant leur mise en œuvre interne aient pu être créés. Mais surtout, ces deux domaines présentent plusieurs différences et offrent ainsi la possibilité d'observer une variété de mécanismes. Ces nombreuses différences, décrites ci-dessous, nous ont conforté dans le choix de comparer ces deux groupes d'obligations.

Premièrement, alors que les accords bilatéraux comportent des normes généralement techniques et complexes[92], la protection des droits humains repose sur des normes qui sont souvent perçues comme étant plus vagues ou plus ouvertes ou comme des principes généraux[93]. Cette distinction, qui a trait à la nature des normes étudiées, nous permettra d'analyser les différents mécanismes adoptés pour mettre en œuvre ces deux types de normes.

Deuxièmement, alors que les normes de protection des droits humains sont centrées sur la personne, les dispositions issues des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE visent essentiellement à faciliter un accès réciproque aux marchés du travail, des marchandises et des services entre les États parties. Il est ainsi possible d'argumenter que les deux domaines étudiés ne sont pas soumis aux mêmes considérations en matière de réciprocité. En droit international, la réciprocité peut être définie comme « the status of a relationship between two or more States under which a certain conduct by one party is in one way or another juridically dependent upon that of the other party »[94]. Elle est la marque d'un système juridique décentralisé dont les sujets ne peuvent pas compter sur une réaction centralisée en cas de violation du droit[95]. La doctrine considère généralement que la réciprocité ne s'applique pas aux traités de protection des droits humains, qui visent un objectif commun[96]. Pourtant, d'un point de vue formel, la réciprocité s'applique à tous les traités internationaux, indépendamment de leur contenu[97]. Selon BRUNO SIMMA, la réciprocité s'applique dès lors également aux traités qui visent un objectif

92 En ce sens : KUX (2008), 171 et 175.

93 KÄLIN/KÜNZLI (2011), 96 ; BESSON (2014a), 37 ; SCHEININ (2017), 17. Cela ne veut pas dire que les obligations dans le domaine des droits humains sont moins spécifiques. Au contraire, elles « sont toujours spécifiques au contexte et concrètes, car c'est là que la menace à l'intérêt protégé par le droit de l'homme peut être évaluée et qu'on peut déterminer comment le protéger » (BESSON (2014a), 28.). Les États ont l'obligation de créer, dans leur droit interne, des dispositions correspondant aux droits garantis par les traités auxquels ils sont parties « de manière à permettre la spécification nationale de leur contenu au contexte » (ibid, 37. ).

94 SIMMA (2008), N 2.

95 Ibid, N 1. ; PAULUS (2011), 121.

96 KÄLIN/KÜNZLI (2011), 183. Selon eux, « human rights obligations [...] lack a clear element of reciprocity ».

97 SIMMA (2008), N 4.

commun (droit de l'homme, droit de l'environnement, etc.). Il estime que les États parties à un tel traité ont intérêt à ce que les autres États suivent le mouvement en acceptant des obligations identiques et contribuent ainsi à la réalisation des dispositions du traité dans l'intérêt commun[98]. Dans le contexte de la présente thèse, nous retiendrons la position de BRUNO SIMMA, selon lequel la réciprocité concerne tous les traités internationaux. La réciprocité sera toutefois moins directe ou moins évidente lorsqu'elle vise à protéger des intérêts communs que lorsqu'elle règle des relations purement interétatiques. Ces considérations relatives à la réciprocité nous laissent penser que les incitations qui poussent les États à mettre en place des mécanismes internes de protection des droits humains seront moins importantes que lorsque la réciprocité est plus directe[99].

Troisièmement, les mécanismes internationaux qui encadrent la mise en œuvre des obligations issues des deux groupes d'obligations étudiés sont différents. À l'exception des décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme, les mécanismes internationaux de protection des droits humains – en particulier les rapports périodiques des États et l'Examen Périodique Universel – émettent principalement des recommandations non contraignantes[100]. Ces procédures sont parfois critiquées pour leur manque d'efficacité[101]. Leur caractère non contraignant est avancé comme l'une des raisons qui expliquerait que les recommandations qu'elles émettent ne soient pas mises en œuvre[102]. Leur manque allégué d'effectivité est aussi parfois imputé aux ressources insuffisantes dont disposent les organes internationaux pour exercer une réelle pression sur les États refusant de coopérer[103]. Selon une étude réalisée par VALENTINA CARRARO, s'il est difficile de prouver que ces instruments améliorent la protection des droits humains d'une manière tangible, ils ne sont toutefois pas inutiles pour autant[104]. Au contraire, ils permettent la réalisation de « micro-résultats » qui participent au processus visant à augmenter cette protection[105]. Cette auteure arrive par exemple à la conclusion que l'Examen Périodique Universel (EPU) permet de générer une pression importante des pairs et du public sur les États évalués compte tenu

98 Ibid, N 6.

99 Voir en ce sens : CARRARO (2019), 1079.

100 KÄLIN/KÜNZLI (2011), 217.

101 Ibid.

102 EGBUNA-JOSS/KÄLIN (2012), IV ; KÄLIN/KÜNZLI (2011), 217.

103 KÄLIN/KÜNZLI (2011), 218.

104 CARRARO (2019).

105 Ibid, 1082.

de sa nature politique[106]. Une telle pression peut alors mener les États concernés à discuter publiquement leur situation en matière de protection des droits humains[107]. Elle reconnaît toutefois que si les États ne sont pas disposés à agir dans un domaine donné, les mécanismes internationaux resteront sans effet[108]. En lien avec l'effectivité de l'EPU, DAMIAN ETONE identifie deux courants doctrinaux opposés : le groupe sceptique et le groupe évolutif[109]. Pour les sceptiques, l'EPU n'apporte pas de véritable valeur ajoutée au système international de protection des droits humains puisqu'il dépend du bon vouloir des États[110]. Les auteurs et autrices évolutives, pour leur part, considèrent l'EPU comme un mécanisme important, doté d'un grand potentiel, bien que son effectivité puisse être limitée par certains facteurs[111]. Pour résumer, nous pouvons dire que l'effectivité des mécanismes internationaux de protection des droits humains ne fait pas l'unanimité en doctrine. Si ces mécanismes ne sont certainement pas dénués d'utilité, il semble douteux qu'ils parviennent, à eux seuls, à motiver des États récalcitrants à agir. S'agissant des mécanismes internationaux qui encadrent les accords bilatéraux, il s'agit essentiellement de méthodes diplomatiques, développées au sein de comités mixtes[112]. Les tâches de ces comités peuvent varier selon les accords, mais il s'agit principalement d'échanges d'informations et de consultations entre les parties, de tâches de surveillance, du règlement diplomatique des différends et du développement de l'accord[113]. Même si les comités mixtes ne peuvent pas rendre de décisions contraignantes à l'égard des parties, le simple examen des problèmes qui opposent les parties constitue un instrument de pression important[114]. Cette pression est renforcée par le fait qu'en l'absence de solution acceptable, seule une dénonciation de l'accord reste à disposition des parties contractantes[115]. Compte tenu des développements qui précèdent, l'on peut imaginer que les autorités internes ressentiront une pression plus grande à développer des mécanismes de mise en œuvre puissants dans le domaine des accords bilatéraux que dans celui des droits humains.

106 Ibid, 1083.

107 Ibid, 1088.

108 Ibid, 1089.

109 ETONE (2020), 23.

110 Ibid.

111 Ibid, 25.

112 OESCH (2020), 53.

113 Ibid, 54.

114 FELDER (2006), 109.

115 En ce sens, au sujet de l'ALCP : BOILLET (2014), N 4 ad art. 19 ALCP.

Quatrièmement, alors que la mise en œuvre des droits humains doit généralement se faire en contexte[116], en tenant compte des spécificités locales, la doctrine observe une tendance inverse en lien avec la mise en œuvre des obligations issues des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE. Dans ce domaine, plusieurs auteurs et auteures ont en effet observé un glissement des compétences de mise en œuvre vers la Confédération[117]. Pour contrebalancer ce phénomène, une coordination cantonale accrue a également été observée au moment de la mise en œuvre des accords bilatéraux[118]. Cette différence suggère que les mécanismes internes qui seront mis en place pour favoriser la mise en œuvre de ces deux groupes d'obligations seront vraisemblablement issus d'acteurs et d'institutions différents.

Cinquièmement, alors que les obligations en matière de droits humains figurent dans des traités internationaux « classiques », les obligations découlant des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE proviennent en grande partie du droit de l'UE repris par la Suisse. Or, ce droit comporte certaines spécificités par rapport au droit international. Selon la doctrine, le droit de l'UE constitue en effet un ordre juridique *sui generis* puisqu'il n'émane ni d'un État, ni d'une organisation internationale classique[119]. En lien avec la mise en œuvre de ce droit, les États membres de l'UE doivent suivre deux principes spécifiques : le principe d'effectivité et celui d'équivalence[120]. Ces principes ne sont pas applicables aux relations bilatérales entre la Suisse et l'UE, mais la reprise de l'acquis de l'UE par la Suisse est également régie par des principes de mise en œuvre spécifiques : le principe de l'équivalence des législations et le principe de la reprise de l'acquis[121]. Selon le principe de reprise, les actes de l'UE sont applicables aux deux parties : les autorités suisses doivent par conséquent faire coïncider leur législation avec l'acquis pertinent[122]. Le principe d'équivalence offre une marge d'appréciation plus grande aux autorités de mise en œuvre, qui maintiennent leur autonomie

116 BESSON (2014a), 30.

117 Voir par exemple : MAISSEN/MAYER/GOBBO (2015), 107ss ; MAYER (2006), 157 ; KUX (2008), 177.

118 COTTIER et al. (2014), 184.

119 JACQUÉ (2015), 120 ; BESSON (2019b), 42.

120 Le principe d'effectivité vise à empêcher qu'une disposition procédurale nationale entrave l'application du droit de l'UE et le principe d'équivalence suppose que les règles qui s'appliquent à des procédures nationales s'appliquent également aux affaires fondées sur le droit de l'UE (BESSON (2019b), 246s ; JACQUÉ (2015), 640ss).

121 FELDER (2001), 126 ; FELDER (2006), 102 ; MAZILLE (2018), 204. À l'exception de l'accord sur le transport aérien et des accords de Schengen et Dublin, qui se fondent sur la reprise de l'acquis, les autres accords bilatéraux sont basés sur le principe d'équivalence des législations.

122 MAZILLE (2018), 204.

législative[123]. Mais en réalité, la différence entre équivalence et reprise apparaît ténue[124] puisque dans les deux cas l'autorité législative suisse doit adopter des règles équivalentes à celles auxquelles l'accord fait référence pour qu'il déploie ses effets en Suisse[125]. D'ailleurs, OLIVIER MACH ne peut « s'empêcher de voir quelque hypocrisie dans le recours à cette notion ambiguë de législation équivalente dont l'objet est essentiellement d'éviter d'admettre du côté suisse la reprise de fait du droit communautaire »[126]. Quoiqu'il en soit, à notre avis, ces deux principes ont le mérite de donner un cadre à la mise en œuvre des dispositions contenues par les accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE. Qu'il s'agisse de reprise ou d'équivalence, les autorités suisses doivent adapter leur législation pour éviter de faire obstacle à la bonne application des accords concernés[127]. En cas de reprise, cette adaptation consiste directement dans la mise en œuvre de l'acquis alors que l'équivalence implique l'adoption de normes comparables à celles de l'UE[128]. Du point de vue de la mise en œuvre du droit, l'existence de ces deux principes permet de restreindre le choix des autorités internes aux deux options suivantes : 1) adopter les dispositions nécessaires à la mise en œuvre de l'acquis ou 2) rendre leur droit équivalent à celui de l'UE. En comparaison, la mise en œuvre des obligations internationales dans le domaine des droits humains apparaît plus floue puisqu'elle repose sur un large éventail de mesures (législatives, administratives, organisationnelles, judiciaires, éducatives, etc.). En outre, en l'absence d'un principe similaire à l'équivalence des législations, les obligations issues des normes de protection des droits humains sont également plus variées. Dans ces conditions, les mécanismes de mise en œuvre du droit bilatéral entre la Suisse et l'UE s'inscriront dans un contexte plus précis que ceux qui sont destinés à mettre en œuvre des obligations dans le domaine des droits humains.

En résumé, au vu des similitudes et surtout des nombreuses différences entre les deux groupes d'obligations sélectionnés, nous estimons que ce choix nous permettra d'identifier une variation intéressante de mécanismes internes de mise en œuvre. Les cas d'étude sélectionnés au sein des deux groupes d'obligations sont exposés dans la section qui suit.

123 La notion d'équivalence est intimement liée au rejet de l'Espace économique européen (EEE) en 1992 et à la volonté des négociateurs suisses d'éviter une reprise littérale du droit de l'UE. Pour Mazille, elle « apparaît dès lors comme un moyen d'éviter une telle reprise, en aménageant une marge de manœuvre pour la Suisse » (MAZILLE (2018), 231).

124 Ibid, 236.

125 Ibid, 231s.

126 MACH (2002), 329.

127 FELDER (2001), 128 ; FELDER (2006), 103.

128 MAZILLE (2018), 232.

### 1.2.2.2. Les six études de cas sélectionnées

Conformément à la méthode décrite plus haut (point 1.2.1), nous avons débuté cette recherche par une phase exploratoire. L'objectif était alors d'identifier des cas dans lesquels une obligation internationale issue de l'un des deux domaines choisis avait donné lieu à un engagement des parlementaires dans un ou plusieurs cantons. Après avoir identifié plusieurs traités dont la mise en œuvre incombait au moins partiellement aux cantons, nous avons éliminé ceux qui étaient trop anciens en raison de la difficulté à avoir accès aux documents relatifs à leur mise en œuvre. Nous n'avons pas non plus retenu les traités très récents, dont le processus de mise en œuvre viendrait de commencer. Sur cette base, nous avons alors sélectionné des domaines ayant une certaine pertinence politique, dans lesquels un plus grand nombre d'informations sont disponibles.

Dans chacun des deux groupes d'obligations sélectionnés, nous avons choisi de nous concentrer sur trois études de cas. Dans le domaine des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE, il s'agit de 1) l'obligation de réaliser la libre circulation des avocats et des avocates, 2) l'obligation de libéraliser le droit suisse des marchés publics et 3) l'obligation d'adapter le droit suisse à l'acquis de Schengen sur la protection des données. Dans le domaine de la protection internationale des droits humains, les études de cas choisies sont 1) l'obligation de créer des aires d'accueil pour les Yéniches, Sintés et Roms nomades, 2) l'obligation de mettre en place un système d'éducation inclusive et 3) l'obligation de promouvoir la réalisation de l'égalité entre les femmes et les hommes.

Parmi les nombreux cas présélectionnés, nous avons choisi des cas présentant certaines différences contextuelles dans le but d'observer une plus grande variation de mécanismes. Dans le domaine des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE, l'obligation de réaliser la libre circulation des avocats et des avocates présente la particularité, par rapport aux deux autres cas, de faire l'objet d'une compétence concurrente non limitée aux principes[129]. Cela signifie que la Confédération a une compétence facultative de légiférer dans ce domaine. À l'inverse, dans les deux autres études de cas, la Confédération et les cantons adoptent de façon autonome leur législation respective de mise en œuvre. Cette différence est intéressante dans la mesure où, contrairement aux deux autres domaines, la mise en œuvre de l'obligation de réaliser la libre circulation des avocats et des avocates pourra faire l'objet d'une centralisation des compétences sans qu'une modification constitutionnelle ne soit nécessaire. Les mécanismes mis en place ne seront donc vraisemblablement pas les

129 À ce sujet, voir point 3.1.2.1.

mêmes qu'en présence de compétences parallèles. L'obligation de libéraliser le droit suisse des marchés publics constitue aussi un cas d'étude intéressant dans la mesure où elle a donné lieu à un concordat intercantonal – qui constitue *a priori* un mécanisme de mise en œuvre intéressant[130]. Enfin, l'obligation d'adapter le droit suisse à l'acquis de Schengen sur la protection des données se distingue en raison du caractère dynamique de l'accord de Schengen, qui implique une adaptation constante du droit cantonal aux nouvelles dispositions de l'acquis.

Dans le domaine de la protection internationale des droits humains, l'obligation d'aménager des aires de stationnement pour les Yéniches, Sintés et Roms nomades nous a paru intéressante en raison du manque d'acceptation sociétale de la population nomade en Suisse[131]. Nous avons imaginé que des mécanismes créatifs devraient alors être mis en place pour pallier ce problème. L'existence de plusieurs arrêts du Tribunal fédéral relatifs à cette question[132] a conforté notre choix. Nous avons ensuite choisi l'obligation de créer un système d'éducation inclusif parce que l'instruction publique représente un domaine de compétence cantonale par excellence, dans lequel les cantons disposent d'une autonomie importante[133]. Finalement, nous avons choisi l'obligation de promouvoir l'égalité entre les femmes et les hommes dans la mesure où ce cas nous permettait d'analyser la question des décisions incitatives grâce à deux arrêts populaires rendus par le Tribunal fédéral dans ce domaine[134]. En outre, ces trois cas d'étude offrent une comparaison de la manière dont les droits humains sont mis en œuvre dans plusieurs domaines distincts (éducation, aménagement du territoire, réalisation transversale de l'égalité entre les femmes et les hommes). Cette variation entre les domaines du droit permet d'observer différentes institutions et acteurs et ainsi d'élargir la palette des mécanismes potentiels.

Grâce à cette sélection de cas, nous espérons être en mesure : 1) d'identifier les mécanismes utilisés pour la mise en œuvre d'obligations issues de deux groupes d'obligations internationales présentant plusieurs différences et 2) de présenter et d'analyser une certaine variété de mécanismes visant à encourager l'engagement des autorités législatives cantonales avec leurs obligations internationales.

130 À ce sujet, voir point 4.2.2.

131 Voir en ce sens : DE GASPARO/RÖTHLISBERGER (2021), 37.

132 À ce sujet, voir point 6.2.3.

133 À ce sujet, voir point 7.1.2.

134 TRIBUNAL FÉDÉRAL (2011), ATF 137 I 305 ; TRIBUNAL FÉDÉRAL (2017), Arrêt 1C_504/2016.

### 1.2.3. La structure de la thèse

La thèse est introduite par le présent chapitre, dont les objectifs sont de définir la question de recherche, d'exposer la méthodologie et de mentionner quelques limitations inhérentes à la recherche. Le chapitre 2 sera ensuite consacré à la définition du cadre théorique dans lequel s'inscrit la thèse. Il vise à définir les différents concepts juridiques nécessaires à la compréhension de la question de recherche, à savoir les notions d'obligation internationale, de mise en œuvre, de loi (et d'autorité législative) et de mécanisme. Après avoir posé le cadre théorique, les chapitres 3 à 8 sont consacrés à l'analyse des six études de cas sélectionnées. Le chapitre 9 présente nos résultats, à savoir une analyse détaillée des différents mécanismes identifiés dans les chapitres précédents. Finalement, le chapitre 10 conclut ce travail en présentant différents constats, des réflexions plus générales sur la problématique qui fait l'objet de la thèse ainsi que quelques perspectives.

## 1.3. Quelques délimitations

Pour élaborer la question de recherche exposée ci-dessus, nous avons dû effectuer certains choix en amont. Ces choix sont expliqués dans la présente section.

Premièrement, nous avons choisi de nous concentrer uniquement sur les mécanismes internes de mise en œuvre du droit international. Cela exclut les mécanismes internationaux de mise en œuvre tels que les tribunaux régionaux, le système de rapports périodiques des Nations Unies ou les procédures internationales de suivi. Comme nous l'avons vu ci-dessus, ces mécanismes peuvent être très utiles pour soutenir les autorités nationales qui ont la volonté de mettre en œuvre leurs obligations internationales[135]. Ils les aident à identifier et à interpréter ces obligations[136]. Les rapports ou les décisions internationales peuvent aussi être utilisés stratégiquement par la société civile ou d'autres acteurs et actrices de la mise en œuvre pour faire avancer un projet législatif interne[137]. Pour différentes raisons, nous avons toutefois renoncé à étudier l'effet de ces mécanismes internationaux sur les autorités législatives

135 Voir point 1.2.2.1.

136 CARRARO (2019), 1085 ; KÄLIN/KÜNZLI (2011), 218.

137 Par exemple, la Déclaration et le Programme d'action de Pékin adoptés en 1995 lors de la quatrième conférence mondiale sur les femmes ont été utilisés par plusieurs parlementaires du parlement neuchâtelois pour appuyer leurs arguments en faveur du maintien d'un service de la famille et de l'égalité – plutôt que de le remplacer par un délégué à l'égalité comme le proposait l'exécutif (BO/NE, vol. 161 (1995-1996), 1162s.).

des cantons suisses. Tout d'abord, d'autres auteures ont récemment abordé cette question[138]. Par ailleurs, contrairement aux mécanismes internationaux – qui donnent des recommandations plutôt générales[139] – les mécanismes internes de mise en œuvre peuvent tenir compte des spécificités du système politique suisse, comme l'autonomie cantonale et la subsidiarité. Ils sont donc complémentaires aux mécanismes internationaux, car ils sont plus proches des particularités locales. Enfin, l'étude des mécanismes locaux suit une tendance, dans la doctrine internationale, à se concentrer sur les acteurs locaux de la mise en œuvre[140].

Deuxièmement, nous avons choisi de nous concentrer exclusivement sur la mise en œuvre du droit international et avons donc renoncé à étudier la question de la participation des autorités législatives cantonales aux négociations internationales. En Suisse, les autorités cantonales – aussi bien exécutives que législatives[141] – sont associées au processus de négociation de nouveaux accords internationaux lorsque leurs compétences sont affectées[142]. Ce processus permet notamment d'informer ces autorités en temps utile afin qu'elles soient prêtes à mettre en œuvre leurs obligations par la suite[143]. Dans ces conditions, au-delà de la « démocratisation » des négociations internationales[144], la participation des cantons à la formation du droit international permet aussi d'améliorer sa mise en œuvre interne[145]. Dans la présente thèse, nous avons toutefois choisi de nous concentrer uniquement sur les mécanismes de mise en œuvre qui interviennent après l'adoption d'un traité. S'il est évidemment important de réfléchir à la manière d'impliquer les parlements dans les relations internationales, d'autres projets de recherche y sont déjà consacrés[146]. ANNA PETRIG et MAREIKE SINZ ont par ailleurs de publié un rapport

138 BESSON/BELSER (2014) ; WYTTENBACH (2017), 349ss.

139 Voir par exemple les observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels sur le quatrième rapport périodique de la Suisse, qui encouragent la Suisse « à renforcer les mécanismes de coordination entre la Confédération, les cantons et les communes afin d'assurer la pleine mise en œuvre des droits reconnus dans le Pacte » (CESCR (2019), Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la Suisse, para. 7).

140 JENSEN/LAGOUTTE/LORION (2019) ; LE BRIS (2020).

141 En ce sens : PETRIG (2021), 186.

142 Art. 55 al. 3 Cst. ; art. 5 al. 1 LFPC (Loi fédérale sur la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération du 22 décembre 1999, RS 138.1).

143 WYTTENBACH (2017), 345 ; MAYER (2006), 165 ; THALMANN (2000), 269.

144 PETRIG (2021), 191.

145 En ce sens : THALMANN (2000), 269.

146 Voir par exemple les travaux de THOMAS MALANG dans le cadre de son projet de recherche intitulé « Parlamentarische Außenbeziehungen: Strukturen, Erklärungen, Effekte », en particulier : MALANG/LEIFELD (2021).

intitulé « Mitwirkung des Parlaments im Bereich von Soft Law » qui s'intéresse aux instruments de participation des parlements en lien avec la *soft law*[147]. En parallèle à ces démarches, la présente thèse cherche à trouver des solutions internes pour augmenter l'intérêt des parlementaires infranationaux pour les questions internationales.

Troisièmement, notre thèse étudie uniquement la mise en œuvre d'obligations issues de traités internationaux. Ce choix exclut ainsi l'analyse des autres sources traditionnelles du droit international, que sont la coutume et les principes généraux de droit[148]. Il s'explique, de manière pragmatique, par le fait que les traités constituent le moyen le plus clair pour créer des règles contraignantes de droit international[149] et contiennent la majorité des obligations internationales de légiférer[150]. L'accent mis sur les traités exclut également du champ de notre étude les règles internationales non-contraignantes *(soft law)*. Nous ne minimisons pas l'importance de ces textes en droit international. Au contraire, nous reconnaissons qu'ils peuvent avoir certains effets juridiques et interagir avec les normes contenues dans des traités[151]. Les textes de *soft law* déploient ainsi également une certaine « force normative » ; elle est toutefois plus difficile à établir[152]. En comparaison avec les traités, « [b]ei Soft Law hingegen lässt sich viel schwieriger erklären, ob, warum, wann und zu welchem Grad ein Instrument einen Staat mittelbar bindet, d.h. dieser in den Sog der normativen Kraft des Instruments gerät »[153]. Dans ces conditions, nous avons choisi de nous concentrer sur les traités essentiellement pour deux raisons. La première est qu'ils se prêtent mieux à l'identification d'obligations internationales de légiférer en raison de leur caractère contraignant, qui n'est pas discuté. La seconde est qu'ils s'inscrivent dans un système plus large d'élaboration de règles interétatiques[154]. Ils sont ainsi liés aux autres accords qui ont un caractère obligatoire similaire[155] et sont soumis à des règles communes, notamment en matière d'interprétation[156]. L'existence de règles inter-

147 PETRIG/SINZ (2021). Aux pages 82ss., ce rapport détaille notamment les procédures d'information et de consultation du parlement.

148 Selon l'art. 38 al. 1 du Statut de la CIJ.

149 ROBERTS/SIVAKUMARAN (2018), 91 ; SIMMONS (2009), 121.

150 En ce sens, voir BEENAKKER (2018), 71. Cet auteur relève que ce n'est qu'exceptionnellement qu'une obligation internationale de légiférer dérive de la coutume ou d'autres sources du droit.

151 En ce sens : BOYLE (2018), 121.

152 PETRIG/SINZ (2021), 9.

153 Ibid, 10.

154 SIMMONS (2009), 120.

155 Ibid.

156 Ibid, 121.

nationales relatives à leur interprétation permet de circonscrire plus aisément les obligations qu'ils contiennent. Nous précisons encore que nous n'ignorons pas la doctrine qui observe le déclin du droit international des traités et son remplacement progressif par le droit international « informel »[157]. Ce constat ne diminue toutefois pas l'intérêt à étudier la mise en œuvre des obligations contenues dans des traités puisqu'il s'agit d'un processus qui s'étend dans le temps. Certaines lois internes de mise en œuvre peuvent d'ailleurs engendrer des contestations plusieurs années après leur adoption[158]. L'étude de la mise en œuvre des obligations issues des traités garde ainsi toute sa pertinence.

Quatrièmement, la thèse se concentre sur la mise en œuvre législative du droit international et renonce ainsi à étudier les autres mesures de mise en œuvre incombant aux pouvoirs judiciaire et exécutif ou à d'autres acteurs. Ce choix s'explique par le fait qu'un grand nombre de normes de droit international s'adresse à l'autorité législative nationale[159], qui doit les mettre en œuvre dans son droit interne. L'adoption de mesures législatives permet alors de consacrer formellement des normes internationales grâce à des normes étatiques et de fournir un cadre pour leur application en droit interne[160]. Certes, les mesures législatives ne sont pas toujours suffisantes pour assurer le respect du droit international[161]. D'autres mesures – émanant des autres pouvoirs ou d'acteurs non-étatiques – sont également nécessaires pour assurer la mise en œuvre du droit international au niveau local. La mise en œuvre législative revêt toutefois une importance particulière dans la mesure où elle constitue le socle sur la base duquel d'autres mesures internes seront ensuite adoptées[162]. En outre, l'étude des acteurs législatifs de la mise en œuvre permet de dépasser l'approche basée sur l'étude des tribunaux nationaux, qui a déjà fait l'objet de plusieurs ouvrages[163]. L'étude de la pratique des tribunaux nationaux n'est pas suffisante puisque de nombreux défis liés à la mise en œuvre des obligations internationales n'arrivent jamais devant les instances judiciaires[164]. En outre – comme l'illustre l'exemple de Michael présenté ci-dessus – en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, celles-ci se trouvent souvent dans une

157 PETRIG (2021), 198 ; PAUWELYN/WESSEL/WOUTERS (2014), 734.

158 BETTS/ORCHARD (2014), 284.

159 BESSON (2019a), 411 ; SCHMID (2015), 564.

160 FRASER (2020), 8 ; SAUL/KINLEY/MOWBRAY (2014), 171.

161 En ce sens : FRASER (2020), 8.

162 Sur l'importance de l'action législative pour la mise en œuvre du droit international, voir par exemple : SPECK/DONALD (2018), 26 ; LYER (2019), 196SS ; SAUL (2017), 140 ; CHANG (2017), 5 ; DONALD/LEACH (2016), 72SS ; HUNT (2015), 14.

163 En ce sens : BEENAKKER (2018), 19. Des exemples d'études de ce type incluent : AMMANN (2020b) ; NOLLKAEMPER (2011).

164 SCHMID/ALTWICKER (2015), 504.

position délicate à l'égard du pouvoir législatif[165]. Partant, il n'est pas étonnant que plusieurs publications récentes se soient intéressées à la pratique des parlements internes en lien avec la mise en œuvre du droit international[166]. En se concentrant sur la mise en œuvre du droit international par les autorités législatives des cantons suisses, la présente thèse s'inscrit dans ce courant de recherche. Comme nous le verrons, dans la pratique, le parlement n'est toutefois que rarement l'acteur principal de la mise en œuvre du droit international dans les cantons[167]. La tâche de légiférer revient en réalité à plusieurs acteurs, en particulier aussi au pouvoir exécutif, qui joue généralement un rôle crucial dans le processus.

Cinquièmement, nous avons choisi de nous concentrer sur le cas de la Suisse. Pour des raisons politiques et contextuelles, des diversités existent entre les différents États fédéraux au moment de la mise en œuvre infranationale de leurs obligations de droit international[168]. Ainsi, notre choix limite nécessairement la possibilité de généraliser nos observations à d'autres États. Certaines particularités du cas suisse sont présentées ici. En Suisse, comme dans beaucoup d'autres États, la compétence de négocier et d'adopter des traités contenant des obligations internationales est du ressort de l'État fédéral (art. 54 al. 1 Cst.). La mise en œuvre de ces obligations en droit interne, en revanche, suit la répartition des compétences telle qu'elle est prévue par la Constitution suisse[169]. Ce système implique que les cantons doivent mettre en œuvre des obligations qu'ils n'ont pas négociées. S'ils ne le font pas, la Confédération verra sa responsabilité engagée sur le plan international. Ce système pose plusieurs questions en lien avec la mise en œuvre des obligations incombant aux cantons. La Confédération peut-elle contraindre les cantons à agir ? Peut-elle agir à leur place ? Comment peut-elle s'assurer que les cantons mettent en œuvre les obligations qu'elle a acceptées ? Comme nous le verrons, la Confédération ne dispose pas de véritable moyen de se substituer aux cantons en cas d'inaction dans les domaines qui relèvent de leur compétence[170]. Pour

165 SCHMID (2016), 5.

166 Voir notamment : SPECK/DONALD (2018) ; DONALD/LEACH (2016) ; THE COMMONWEALTH (2018) ; CHANG (2017) ; LYER (2019) ; HUNT (2015) ; KROMMENDIJK (2018) ; SCHMID (2016) ; SCHMID (2019).

167 Voir point 2.3.2.3.2.

168 WYTTENBACH (2017), 263ss.

169 BIAGGINI (2017), N 15 ad Art. 54 Cst ; WYTTENBACH (2017), 299 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2013), N 1313 ; CONSEIL FÉDÉRAL (1996), Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, 232.

170 CONSEIL FÉDÉRAL (1998), Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 10 novembre 1998, Note 2 ; BIAGGINI (2017), N 19 ad art. 49 Cst ; WYTTENBACH (2017), 506s ; BELSER/EGLI (2022).

cette raison, les mécanismes internes de mise en œuvre revêtent une importance particulière dans le système suisse.

Sixièmement, au sein de l'ordre juridique suisse, la thèse se focalise sur la mise en œuvre par le niveau infranational, c'est-à-dire les cantons suisses, à l'exclusion des niveaux fédéral et communal. Étant donné que la Suisse est un État très décentralisé[171], les autorités législatives cantonales sont souvent chargées de mettre en œuvre des obligations internationales. Il est donc particulièrement intéressant de se concentrer sur ce niveau de la mise en œuvre. L'existence, en Suisse, de vingt-six parlements de milice cantonaux rend cette étude d'autant plus intéressante. L'existence de ces vingt-six « laboratoires » cantonaux devrait en effet nous permettre d'observer une importante variété de mécanismes de mise en œuvre.

Septièmement, enfin, la thèse étudie la mise en œuvre d'obligations internationales et non la mise en œuvre du droit fédéral. Pourtant, comme la Suisse est un État moniste, le droit international est automatiquement intégré à la législation interne[172]. Dès lors, lorsque la Constitution indique que les cantons mettent en œuvre le droit fédéral (art. 46 Cst.), il faut y inclure les normes de droit international qui sont d'applicabilité directe[173]. Dans ces conditions, l'on peut se demander s'il est vraiment nécessaire d'étudier de manière séparée la mise en œuvre cantonale des obligations internationales étudiées. Ne suffirait-il pas de consulter la littérature relative à la mise en œuvre du droit fédéral ? La présente thèse se concentre sur les obligations adressées aux autorités *législatives* internes des États. Ces normes, qui ne sont pas directement applicables, doivent être concrétisées avant de déployer leurs effets. Lorsque ces normes sont de la compétence des cantons, elles requièrent une action de la part de leurs autorités législatives. La mise en œuvre de ces obligations ne peut dès lors pas être assimilée à la mise en œuvre du droit fédéral au sens de l'art. 46 Cst. puisque cette disposition vise à « exécuter »[174] des dispositions directement applicables par l'intermédiaire de mesures appropriées (législatives, exécutives ou judiciaires). Au contraire, la mise en œuvre des obligations que nous étudions dans la présente thèse requiert impérativement l'action de l'autorité législative au sens formel[175].

171 LINDER/VATTER (2001), 96 ; VATTER (2020), 431.

172 Voir par exemple : WYTTENBACH (2017), 283s.

173 CR Cst-BIGLER-DE MOOIJ (2021), N 17 ad art. 46. Sur la notion d'applicabilité directe, voir point 2.2.2.

174 CR Cst-ibid, N 14 ad art. 46.

175 Sur cette notion voir point 2.3.2.3.

# 2. Les mécanismes de mise en œuvre des obligations internationales de légiférer dans les cantons suisses

La présente thèse se consacre à l'étude des mécanismes qui permettent de mettre en œuvre les obligations internationales positives à la charge des autorités législatives des cantons suisses. Avant de nous concentrer sur les six études de cas permettant d'identifier et d'analyser ces mécanismes, ce chapitre commence par définir quatre concepts clés, qui sont nécessaires à la bonne compréhension de notre problématique : les obligations internationales (point 2.1), la mise en œuvre (point 2.2), la loi et l'autorité législative (point 2.3) et les mécanismes internes de mise en œuvre (point 2.4).

## 2.1. Les obligations internationales

Les « obligations internationales » sont celles déduites des sources formelles du droit international, à savoir les traités, la coutume et les principes généraux de droit[176]. Comme expliqué en introduction, nous avons choisi de nous concentrer uniquement sur les obligations internationales issues des traités. La doctrine rappelle que le droit des traités a été largement codifié par la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVT)[177]. Dans la présente thèse, nous retiendrons donc la définition de « traité » donnée par l'art. 2 para. 1. let. a de cette Convention, soit « un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière »[178]. Cette définition exclut certains traités (notamment les traités non-écrits et les traités conclus avec des organisations

176 Article 38, paragraphe 1, lettres a à c du Statut de la Cour internationale de justice (RS 0.193.501). DAILLIER/FORTEAU/PELLET (2009), 126.

177 Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (CVT, RS 0.111). FITZMAURICE (2021), para. 1.

178 Article 2, paragraphe 1, lettre a CVT.

internationales)[179] lesquels ne sont donc pas étudiés ici. Par ailleurs, la dénomination d'un accord au sens de cette définition est indifférente. Les termes suivants sont aussi fréquemment utilisés : « conventions », « pactes », « déclarations », « chartes » ou « protocoles »[180]. Dans le contexte de la présente thèse, l'identification des textes pertinents et leur qualification en tant que « traités » n'a pas posé de problème particulier. Nous ne nous attarderons donc pas plus longtemps sur cette définition.

La notion d'obligation internationale, en revanche, mérite quelques développements. Comme expliqué en introduction, la présente thèse étudie uniquement les obligations internationales, à l'exclusion du droit international « informel » *(soft law)*. Pour justifier ce choix, nous avons mentionné le caractère plus précis des obligations internationales et leur inscription dans un système plus large d'élaboration de règles interétatiques. Nous avons estimé que ces caractéristiques faciliteraient leur identification et leur interprétation. Ce n'est donc pas, en tant que tel, le caractère contraignant des obligations internationales qui nous a menée à faire ce choix. Dans une thèse consacrée à la mise en œuvre de ces obligations, il est toutefois essentiel de réfléchir à l'importance (ou non) de leur caractère contraignant dans le processus de mise en œuvre. Pour comprendre dans quelle mesure le caractère contraignant d'une obligation peut influencer (ou non) les autorités internes de mise en œuvre, il faut commencer par analyser ce qui motive ces autorités à respecter leurs obligations. Aussi, il nous paraît nécessaire d'identifier les raisons qui poussent les États à respecter leurs obligations internationales et d'expliquer pourquoi, à notre avis, ils se sentent liés par elles. En effet, l'identification des mécanismes internes permettant aux autorités législatives cantonales de mettre en œuvre ces obligations n'aurait pas d'intérêt si lesdites obligations n'avaient aucune force contraignante. Les paragraphes qui suivent se consacrent à cette question conceptuelle.

La Convention de Vienne sur le droit des traités consacre le principe de droit coutumier selon lequel « les conventions doivent être respectées »[181]. Mais pourquoi ? Qu'est-ce qui justifie que les États parties à un traité international doivent respecter les obligations qu'ils ont prises ? De nombreux auteurs se sont penchés sur cette question et ont identifié différents fondements aux obligations internationales[182]. Plusieurs auteurs considèrent notamment que

179 Voir les art. 1 et 2 paragraphe 1, lettre a CVT.

180 FITZMAURICE (2018), 139.

181 Le principe *pacta sunt servanda* est consacré à l'art. 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVT, RS 0.111).

182 Voir notamment l'analyse de DAILLIER/FORTEAU/PELLET (2009), 110 s.

le droit international est principalement dépendant du consentement (expresse ou tacite) des États[183]. Comme expliqué notamment par H.L.A HART dans son ouvrage « The Concept of Law », le consentement n'est toutefois pas suffisant. Selon lui, le caractère contraignant des obligations auxquelles les États souscrivent ne procède pas seulement du choix opéré par les États de s'y soumettre mais résulte d'une procédure et de règles généralement reconnues[184]. De plus, HART remarque que les faits ne permettent pas de soutenir la théorie du consentement. Il donne deux exemples : premièrement celui des nouveaux États (comme l'Irak en 1932 et Israël en 1948), qui n'ont pas consenti au principe *pacta sunt servanda*, et qui sont pourtant liés par les traités auxquels ils adhèrent ; deuxièmement il mentionne l'hypothèse d'un État qui, après avoir vu son territoire modifié, aurait un accès à la mer et se verrait alors imposer les obligations du droit maritime sans y avoir consenti[185]. Plus récemment, ALLEN BUCHANAN a également expliqué que la théorie du consentement ne pouvait pas être retenue en raison du déséquilibre entre États lors des négociations, du fait que les États ne représentent pas l'intégralité de leurs ressortissants et du fait qu'elle ne tient pas compte des acteurs non-étatiques qui contribuent à la création des obligations internationales[186]. SAMANTHA BESSON estime aussi que le consentement n'est pas le fondement de la légitimité du droit international[187], mais elle considère qu'il joue néanmoins un rôle dans le processus d'élaboration du droit international, dès lors qu'il permet d'en renforcer le respect et la crédibilité[188]. À l'instar de ces auteurs, nous estimons que le consentement donné par un État composé d'un territoire, d'un gouvernement et d'une population donnée à un moment précis ne peut être suffisant pour fonder le caractère obligatoire des obligations contenues dans les traités. Bien que le consentement constitue une dimension impor-

183 En ce sens : LUKASHUK (1989), 513 ; NIJMAN/NOLLKAEMPER (2007), 353 ; LEY (2015), 729. Dans la très critiquée « affaire du Lotus » (CPJI (1927), Affaire du « Lotus » du 7 septembre 1927), la CPJI avait également considéré que «[l]es règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs ». À ce sujet, voir également CRAWFORD (2012), 5 ; BUCHANAN (2010), 90 ; REUS-SMIT (2003), 598 ; BESSON (2016), 298 ; DAILLIER/FORTEAU/PELLET (2009), 112 s.

184 HART (2012), 225.

185 Ibid, 226.

186 BUCHANAN (2010), 91.

187 BESSON (2016), 302.

188 Ibid, 309.

tante de la validation et de la légitimation du droit international[189], il nous paraît essentiel qu'il soit confirmé par le fait qu'un État se sente effectivement lié par les obligations consenties, en raison de la reconnaissance d'un processus légitime.

D'aucuns soutiennent la théorie selon la laquelle les États respectent leurs obligations internationales uniquement par peur des représailles. Cette idée, principalement soutenue par JOHN AUSTIN[190], prête le flanc à la critique dès lors qu'elle ne pose pas la question de la légitimité de la norme dont la violation entraîne une sanction[191].

À notre avis, le fondement des obligations internationales réside dans la perception qu'ont les États de leurs propres obligations. Contrairement à ERIC A. POSNER, nous estimons que ce n'est pas uniquement pour des raisons prudentielles – c'est-à-dire après avoir effectué une pesée des intérêts dans chaque cas précis – que les États respectent les traités[192]. À l'instar d'autres auteurs[193], nous sommes d'avis que le droit international tire le plus souvent son caractère obligatoire non pas d'une analyse des coûts et bénéfices effectuée en permanence par les États, mais du processus légitime qui accompagne son élaboration et son « internalisation »[194]. Nous faisons donc partie des auteurs que POSNER qualifie d' « optimistes »[195] quant à la capacité du droit international à résoudre les problèmes posés par les relations internationales. Le raisonnement conduisant à ce résultat est exposé ci-dessous.

Dans son ouvrage « Fairness in International Law and Institutions », THOMAS M. FRANCK estime que la légitimité des obligations internationales se mesure, d'une part, par leur capacité à satisfaire les attentes des membres d'une communauté quant à la répartition des coûts et des bénéfices et, d'autre part, par la mesure dans laquelle elles sont établies et appliquées conformé-

189 Ibid.

190 AUSTIN (1885), 91.

191 REUS-SMIT (2003), 597. Cet auteur précise que l'obligation doit être indépendante de la question de la sanction.

192 POSNER (2003), 1916. Selon cet auteur, les États n'ont pas d'obligations morales envers le système international. Ils poursuivent des intérêts qui sont limités dans le temps, avec peu d'égard pour les générations futures. Selon lui, les gouvernements n'ont donc aucun devoir moral envers le système.

193 Voir les développements ci-dessous et les notes 196, 200, 202.

194 Le terme « internalisation » fait référence au processus par lequel une obligation « passe » dans l'ordre juridique interne d'un État. Elle doit tout d'abord y être introduite. Ensuite, en fonction de l'applicabilité directe (ou non) de l'obligation, elle doit être mise en œuvre par les autorités internes de l'État. Nous revenons sur ces notions au point 2.2.2 ci-dessous.

195 POSNER (2003), 1918.

ment à ce que les membres de la communauté perçoivent comme une procédure équitable[196]. Selon lui, le respect des obligations ainsi adoptées découle de l'appartenance à la communauté des États et cette appartenance leur donne la capacité de se lier légitimement sur le plan international[197]. La souveraineté des États est ainsi limitée, selon FRANCK, par leur appartenance à la communauté internationale[198]. Cette idée est partagée par ABRAM CHAYES et ANTONIA HANDLER CHAYES, qui considèrent, dans leur ouvrage « The New Sovereignty », que les États ne peuvent pas atteindre leurs objectifs de manière unilatérale – une condition qu'ils nomment « new sovereignty »[199]. Selon eux, s'il est vrai que cette coopération nécessaire entre États les mène à adopter un comportement stratégique visant la réalisation de leurs propres intérêts, le besoin d'agir dans un environnement interdépendant les incite également à tenir compte des conséquences à long terme ; le respect des normes qui régissent cet environnement devient alors, pour ses membres, une condition à la réalisation de leurs objectifs[200]. Il ressort de ces deux contributions que l'intérêt des États à atteindre leurs objectifs – désormais réalisables uniquement par le biais de leur participation à la communauté internationale – les mène à respecter les obligations conclues au sein de cette communauté. HAROLD HONGJU KOH s'est livré, dans son article « Why Do Nations Obey International Law ? », à une analyse de ces deux ouvrages. Il arrive à la conclusion qu'aussi bien FRANCK que CHAYES & CHAYES imputent le respect des obligations internationales à leur internalisation par les membres de la communauté internationale[201]. En d'autres termes, il retient que, puisque les États les ont faites leurs, elles sont respectées. KOH poursuit son raisonnement et considère que ce n'est pas l'internalisation des obligations internationales en tant que telle qui impose leur respect, mais le processus par lequel l'internalisation intervient – il parle à cet égard de « transnational legal process »[202]. Il estime que les interactions entre les membres de la communauté internationale génèrent non seulement des obligations internationales (issues des traités), mais également des interprétations de ces obligations dans des cas particulier, qui sont ensuite internalisées par les autorités exécutives, législatives et judiciaires de

196 FRANCK (1997), 7.

197 Ibid, 42.

198 Ibid, 43.

199 CHAYES/CHAYES (1995), 123.

200 Ibid, 124.

201 KOH (1997), 2646.

202 Ibid, 2648.

l'État[203]. C'est selon lui grâce à ce processus que le droit international acquiert son « adhésivité » *(stickiness)* et que les États perçoivent un intérêt personnel à le respecter[204]. KOH arrive ainsi à la conclusion – à laquelle nous adhérons – que c'est le processus d'internalisation des obligations internationales qui conduit à leur respect.

À notre avis, l'internalisation des obligations internationales constitue également la raison pour laquelle une internalisation toujours plus grande de ces obligations est nécessaire. Nous considérons en effet, à l'instar des auteurs précités, que le processus d'interactions continu entre les acteurs de la communauté internationale mène à la création d'obligations internationales, à leur internalisation et, en règle générale, à leur respect. Ce cycle d'interactions n'engendre alors pas uniquement le respect des obligations qui ont été « internalisées », mais également de celles qui ne le sont pas encore. Ces obligations font en effet partie d'un système global dont la cohérence serait mise à mal – au détriment de ses membres – si elles n'étaient pas respectées. Dans le contexte de la présente thèse, nous partirons donc du principe que le processus d'internalisation des obligations internationales et la légitimité que ce processus leur confère constituent le fondement de leur respect. Pour maintenir cette légitimité, ces obligations doivent continuer à être « internalisées » par les autorités exécutives, législatives et judiciaires des États.

## 2.2. La mise en œuvre des obligations internationales

La section précédente montre que les obligations internationales acquièrent leur légitimité et leur caractère contraignant en raison de leur « internalisation » par les autorités internes des États. Ce processus revêt dès lors une grande importance pour la crédibilité du droit international dans son ensemble. Mais ce n'est pas son seul intérêt. Comme évoqué en introduction, dans le système juridique international, la création et la mise en œuvre centralisée du droit constituent encore l'exception. L'internalisation des obligations internationales joue donc un rôle primordial. Cette section revient, dans un premier temps, sur le fonctionnement de ce système et sur son incapacité à mettre en œuvre les obligations qu'il crée (point 2.2.1). Dans un second temps,

203 Ibid, 2654.

204 Également dans ce sens, NIJMAN et NOLLKAEMPER considèrent que le processus juridique transnational transforme les intérêts nationaux (NIJMAN/NOLLKAEMPER (2007), 349.).

elle se concentre concrètement sur le processus d'internalisation dans la pratique interne des États. Comme nous le verrons, la mise en œuvre des obligations internationales occupe une place centrale dans ce processus. Cette notion sera définie, ainsi que d'autres concepts connexes (point 2.2.2).

### 2.2.1. L'incapacité du système international à mettre en œuvre ses obligations

D'un droit international originairement destiné à régir les relations entre États souverains[205], le droit international a évolué vers un système qui réglemente également les relations entre les gouvernements et leurs citoyens[206]. Aujourd'hui, en plus de protéger les intérêts réciproques des États, un grand nombre de traités confèrent des droits et des obligations directement aux individus[207]. Ainsi, lorsqu'un État partie à un traité ne met pas en œuvre certaines dispositions, il est possible que cet État prive ses ressortissants de droits auxquels ils auraient droit dans le système national d'une autre partie contractante[208]. Le respect des droits des individus passe désormais également par le respect du droit international. D'une manière générale, le processus de globalisation et l'émergence de nouveaux défis internationaux (environnement, terrorisme, développements technologiques) ont fait évoluer les relations internationales[209]. Selon la vision très internationaliste d'ANTONIO CASSESE, le droit international se dirige ainsi progressivement vers une *« civitas maxima »,* composée d'individus, d'États et d'autres entités non-étatiques[210]. D'autres auteurs moins optimistes estiment que le droit international affiche également des signes de déclin depuis la fin de la guerre froide : manque de légitimité, non-respect de certaines normes internationales, fragmentation[211]. Malgré

205 La doctrine se réfère à cet égard au « système westphalien », en référence au Traité de Westphalie, conclu en 1648, qui mit fin à la guerre de 30 ans et marqua le début d'une nouvelle ère, dans laquelle les États furent autorisés à créer des alliances avec des pouvoirs étrangers, dans le respect du traité de paix. Ce système se caractérise ainsi par la souveraineté absolue des États, qui ne sont soumis à aucune autorité supérieure et qui sont libres de choisir s'ils souhaitent faire partie du système juridique international en consentant à certaines règles. À ce sujet, voir notamment : NEFF (2018), 11 ; SLAUGHTER/BURKE-WHITE (2007), 111 ; CASSESE (2005), 24 ; KRIEGER/NOLTE (2019), 8.

206 SLAUGHTER/BURKE-WHITE (2007), 110 ; OWADA (2015), 246.

207 CASSESE (2012), 189 ; CASSESE (2005), 217.

208 CASSESE (2005), 232.

209 SLAUGHTER/BURKE-WHITE (2007), 111.

210 CASSESE (2005), 217. Voir également KRIEGER/NOLTE (2019), 12. Selon eux, plusieurs théoriciens du droit ainsi que certains États ont proclamé un « global legal order », qui renforce certaines valeurs universelles et protège des biens communs.

211 KRIEGER/NOLTE (2019), 18 s ; ALTWICKER/DIGGELMANN (2014), 442.

certaines divergences quant à la direction dans laquelle le droit international évolue, la doctrine s'accorde néanmoins sur l'existence de cette évolution – ou progression – qui entraîne une nouvelle pondération des objectifs[212]. Les problèmes qui surviennent dans ce nouveau système juridique international trouvent souvent leur origine dans les ordres juridiques internes des États et font ensuite l'objet de règles globales, visant la réalisation d'intérêts communs[213]. En lien avec cette évolution, certains auteurs parlent de processus global de constitutionnalisation de l'ordre juridique international[214]. L'évolution du système international décrite dans ce paragraphe a engendré de nouveaux impératifs. Une réflexion sur la manière de faire respecter ces nouvelles règles globales, qui confèrent des droits et des obligations à des individus, s'est imposée.

Une solution consisterait, selon certains, à mettre en place des mesures similaires à celles qui permettent le respect et la bonne exécution des règles de droit interne dans les États. Pour y parvenir, il faudrait créer des institutions régulatrices globales, chargées d'assurer la bonne exécution du droit international. Il faudrait notamment instituer un tribunal suprême universel[215] ou plusieurs tribunaux internationaux régionaux. Selon CASSESE, ces instances judiciaires suprêmes devraient pouvoir trancher, de manière contraignante, si un État a violé une norme internationale requérant une modification législative interne et, dans l'affirmative, l'enjoindre à modifier sa législation[216]. Par ailleurs, un système juridique global ne pourrait fonctionner qu'en présence d'une véritable démocratisation du droit international, par exemple grâce à l'institution d'une assemblée mondiale assurant la légitimité procédurale des normes de droit international[217]. Séduisantes, ces diverses idées ne sont toutefois pas d'actualité dans le système des relations internationales. Au contraire, les mécanismes « collectifs » de mise en œuvre du droit international sont très limités[218].

212 Voir notamment ALTWICKER/DIGGELMANN (2014), 426 ; SLAUGHTER/BURKE-WHITE (2007), 111 ; KRIEGER/NOLTE (2019), 8 ; OWADA (2015), 246.

213 SLAUGHTER/BURKE-WHITE (2007), 112 ; OWADA (2015), 247 ; LEY (2015), 720 ; NIJMAN/NOLLKAEMPER (2007), 342 ; CASSESE (2005), 17.

214 Voir par exemple : KLEINLEIN (2012) ; PETERS (2009a).

215 DUPUY (2012), para. 134 ; CASSESE (2012), 191.

216 CASSESE (2012), 191.

217 À ce sujet, voir par exemple : LEY (2015), 728 ; KÄLIN (2000), 125 ; WHEATLEY (2011), 543. Voir également le postulat déposé par le Conseiller aux États Daniel Jositsch en novembre 2018 intitulé « Démocratisation des Nations Unies » (18.4111), dans lequel il demande s'il serait opportun de mettre en place une assemblée parlementaire au sein des Nations Unies.

218 CASSESE (2012), 189.

À notre avis, PAUL F. DIEHL et CHARLOTTE KU résument bien la situation décrite ci-dessus : des normes de droit sont adoptées, mais le système international ne dispose pas de la capacité de les mettre en œuvre[219]. La capacité des individus à faire valoir leurs droits est alors mise à mal[220]. Pour illustrer cette problématique, DIEHL et KU parlent de déséquilibre entre le « système d'exploitation » et le « système normatif » du droit international. Alors que le « système normatif » se réfère aux aspects directifs du droit international – soit aux normes contraignantes qu'il crée[221] – le « système d'exploitation » illustre les structures qui permettent de gouverner et de gérer les relations internationales[222]. La notion de « système d'exploitation » fait volontairement référence au langage informatique : il s'agit de la plateforme de base sur laquelle un système fonctionnera[223]. Elle se rapporte aux sources du droit international, à ses sujets et à ses mécanismes d'application et peut être associée à des structures comme les Nations Unies, l'Union européenne ou d'autres organisations qui assument des tâches quasi-législatives ou de surveillance[224]. Selon ces auteurs, le « système d'exploitation » doit être en équilibre avec le « système normatif » du droit international pour que les normes internationales déploient des effets. Un déséquilibre se crée lorsque des règles existent, mais que les moyens de les mettre en œuvre, de les contrôler ou de régler les différends font défaut[225].

Dans le système actuellement en place, bien qu'il existe certaines institutions internationales habilitées à prendre des décisions (par exemple la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice de l'Union européenne ou l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe), la mise en œuvre du droit international dépend encore largement des autorités internes des États, qui ne sont pas prêts à renoncer à certaines de leurs prérogatives souveraines[226]. Les mécanismes prévus par le droit international sont utiles uniquement parce qu'ils sont en relation avec des acteurs et des mécanismes nationaux[227].

Les règles relatives à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ne permettent pas non plus de contraindre des États récalcitrants

219 DIEHL/KU (2010), 57 ; KU ET AL. (2019), 116 ; KU/DIEHL (2006), 161.

220 KU/DIEHL (2006), 163.

221 DIEHL/KU (2010), 44.

222 Ibid, 28.

223 KU/DIEHL (2006), 162 ; DIEHL/KU (2010), 71.

224 DIEHL/KU (2010), 29.

225 KU/DIEHL (2006), 161 ; DIEHL/KU (2010), 54.

226 CASSESE (2012), 199.

227 MURRAY (2020), 3 ; SLAUGHTER/BURKE-WHITE (2007), 111 ; CASSESE (2012), 192 ; BOTHE (2010), paras. 103 et 148.

à adopter des mesures de mise en œuvre. Même si l'inaction d'un État peut engager sa responsabilité internationale[228], il dépend encore largement de la volonté des États d'initier une procédure contre un État qui ne mettrait pas en œuvre ses obligations. Pour mémoire, l'art. 2 des Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (ARE) prévoit qu'« [i]l y a fait internationalement illicite de l'État lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission : a) est attribuable à l'État en vertu du droit international ; et b) constitue une violation d'une obligation internationale de l'État »[229]. L'art. 4, para. 1 précise que la nature de l'organe étatique (législatif, exécutif ou judiciaire) n'est pas importante pour déterminer s'il s'agit d'un fait de l'État d'après le droit international[230]. Ainsi, conformément à l'art. 12 ARE, l'omission de l'autorité législative d'adopter des mesures afin de respecter ses obligations internationales est susceptible d'entraîner la responsabilité de l'État concerné. Plusieurs auteurs reconnaissent d'ailleurs qu'en présence d'une obligation internationale de légiférer, l'inaction de l'autorité législative nationale entraîne la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[231].

Par ailleurs, le défaut de mise en œuvre d'une obligation de légiférer peut amener les mécanismes de surveillance prévus par certaines conventions internationales (notamment les différents comités onusiens) à émettre des recommandations à l'attention de l'État concerné[232]. Toutefois, bien que la CIJ et la doctrine reconnaissent la responsabilité de l'État en cas d'inaction de l'autorité législative interne, il est rare, en pratique, qu'un État requière d'un autre État qu'il modifie sa législation[233]. Selon ANTONIO CASSESE, seuls les cas dans lesquels un État se considère lésé par un défaut de mise en œuvre imputable à un autre État donneront lieu à une procédure internationale[234]. Tel fut par exemple le cas dans l'affaire de la CIJ *Question concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*. Dans cette affaire, la Belgique avait un intérêt à la mise en œuvre législative de la Convention contre la torture par le Sénégal, dans la mesure où une enquête pénale initiée par

228 CRAWFORD (2013), 120 s ; KOLB (2017), 62 ; SCHMID (2015), 567 ; BEENAKKER (2018), 5 ; PÉTERMANN (2014), 117.

229 COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, art. 2.

230 Ibid, art. 4 para. 1.

231 CRAWFORD (2013), 120 s ; KOLB (2017), 62 ; SCHMID (2015), 567 ; BEENAKKER (2018), 5 ; PÉTERMANN (2014), 117.

232 CASSESE (2012), 189.

233 Ibid, 191.

234 Ibid.

plusieurs ressortissants tchadiens et belgo-tchadiens était pendante devant les autorités belges et nécessitait la coopération judiciaire du Sénégal, comme cela est prévu par la CAT[235]. En revanche, CASSESE estime que lorsque des intérêts collectifs sont en jeu, aucun État ne va initier une procédure internationale visant à mettre en cause la responsabilité internationale d'un autre État[236]. Il considère que cet état de choses reflète la structure individualiste de la communauté internationale et l'importance encore primordiale du respect des affaires intérieures des autres États[237]. Selon lui, « [w]orld society still lacks an institutional mechanism designed to ensure that international legal imperatives become immediately operational at the national level »[238]. À notre avis, bien qu'il existe un système international permettant de sanctionner les États qui ne respectent pas leurs obligations, l'invocation de la responsabilité d'un autre État dépend encore largement de la volonté des États[239].

Les considérations qui précèdent montrent qu'il n'est pas possible de compter sur le système international pour faire respecter toutes les obligations qu'il contient – en particulier celles qui confèrent des droits et des obligations à des individus. Dans ces conditions, l'internalisation des obligations internationales par les ordres juridiques internes est primordiale pour réaliser les objectifs globaux contenus dans les normes internationales[240]. Elle peut prendre différentes formes, telles que l'interprétation du droit interne conformément au droit international (« interprétation conforme ») ou l'adaptation du droit interne aux normes internationales (« internalisation juridique »). Comme déjà évoqué, c'est ce second processus qui nous intéresse dans la présente thèse. Il permet aux règles internationales de déployer leurs effets grâce à un contrôle et une application par les systèmes juridiques nationaux, plus efficaces que le système international[241]. À notre avis, il s'agit (actuellement) du moyen le plus prometteur ou le plus direct pour que les obligations internationales soient mises en œuvre. L'étude des mécanismes internes de mise en œuvre du droit international par les cantons suisses fait partie de ce processus. La focale sur le niveau infranational est pertinente dans la mesure où un

---

235 CIJ (2012), Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal) du 20 juillet 2012, paras. 19ss.

236 CASSESE (2012), 191.

237 CASSESE (2005), 218.

238 CASSESE (2012), xix.

239 Voir le point 2.2.2 au sujet de la nécessité de mettre en œuvre les obligations internationales de légiférer.

240 Voir en ce sens : SCHMID (2015), 566 ; SLAUGHTER/BURKE-WHITE (2007), 111 ; NIJMAN/NOLLKAEMPER (2007), 349.

241 DIEHL/KU (2010), 117.

grand nombre d'obligations internationales (en particulier dans le domaine des droits humains) requiert, en Suisse, des mesures de mise en œuvre au niveau cantonal. Dans ces conditions, il est fondamental de s'intéresser aux mécanismes susceptibles d'encourager l'action de ces autorités.

### 2.2.2. La mise en œuvre et autres concepts connexes

Le terme d'« internalisation » évoqué dans la section précédente est une notion large. En pratique, elle passe par plusieurs étapes et peut être réalisée de différentes manières selon l'obligation concernée. Pour être internalisée, une obligation doit tout d'abord être introduite dans l'ordre juridique de l'État concerné. Ensuite, en fonction de l'applicabilité directe (ou non) de l'obligation, elle doit être mise en œuvre par les autorités internes de l'État. Enfin, pour être invoquée devant les tribunaux internes d'un État, une obligation doit également pouvoir être qualifiée de justiciable. Ces différentes notions sont définies ci-dessous.

L'internalisation des obligations internationales commence par leur introduction (ou incorporation ou transposition) dans l'ordre juridique interne de l'État concerné. L'introduction d'un traité dans l'ordre juridique interne d'un État se réfère à l'acte juridique devant être entrepris par les autorités de cet État pour que les dispositions internationales ratifiées soient valables en droit interne (soit la validité du droit international en droit interne)[242]. Traditionnellement, la doctrine distingue deux différentes options de base : le dualisme et le monisme[243]. Les États de tradition dualiste considèrent que l'ordre juridique interne est distinct de l'ordre juridique international et qu'une action législative est nécessaire afin de transformer les dispositions des traités en droit interne ; les États « monistes » estiment quant à eux que les ordres juridiques interne et international forment un tout, l'introduction des traités dans l'ordre interne se faisant alors de manière automatique[244]. La réalité juridique ne reflète cependant pas cette conception dichotomique. Plusieurs auteurs ont ainsi observé que ces deux théories n'étaient pas utiles pour clarifier la relation entre droit national et international, compte tenu de la diversité des systèmes juridiques nationaux[245].

242 DAILLIER/FORTEAU/PELLET (2009), 252 ; CRAWFORD (2012), 48 ; SHELTON (2012), 2.

243 Parmi beaucoup d'autres, voir notamment : BUERGENTHAL (1992), 315 ; CRAWFORD (2012), 48.

244 BUERGENTHAL (1992), 317 ; DAILLIER/FORTEAU/PELLET (2009), 253 ; CRAWFORD (2012), 48 ; BRANDEIS INSTITUTE FOR INTERNATIONAL JUDGES (2015), International courts, local actors, 11.

245 EILEEN DENZA note à ce sujet que « [t]here are almost as many ways of giving effect to international law as there are national legal systems. To classify a State as monist or

Quelle que soit la manière dont les traités acquièrent leur validité en droit interne, la plupart des dispositions qu'ils contiennent doivent ensuite être mises en œuvre par les autorités internes de l'État[246]. Il ne suffit pas que les règles internationales soient introduites dans le droit interne d'un État pour qu'elles aient des effets. D'ailleurs, dans les États de tradition moniste, qui ne requièrent pas de législation d'incorporation, il arrive que certaines dispositions internationales soient ignorées[247]. Pour l'éviter, le droit interne doit être adapté afin de donner effet aux règles internationales. Les mesures de mise en œuvre varient selon les obligations et peuvent aller de l'adoption ou la modification d'actes législatifs au vote d'un budget en passant par la mise en place d'un service, la criminalisation d'un acte précis ou l'ouverture d'un port[248]. Cette obligation de mise en œuvre découle du principe *pacta sunt servanda*[249], selon lequel lorsqu'un traité de droit international a été ratifié, il lie les parties contractantes et celles-ci doivent exécuter de bonne foi les obligations qu'il contient[250]. Le corollaire de ce principe est qu'un État ne peut pas invoquer les procédures législatives de son droit interne pour justifier la non-exécution d'une obligation découlant d'un traité[251]. Hormis cette règle générale interdisant aux États d'invoquer des problèmes juridiques internes pour ne pas se conformer au droit international et l'obligation générale de respecter ses engagements, le droit international ne contient aucune disposition générale relative à sa mise en œuvre[252]. Cela laisse à chaque État une grande liberté quant à la manière dont il s'acquitte, sur le plan interne, de ses

dualist does not assist in describing its constitutional approach to international obligations, in determining how its government and parliament will adopt or implement a new treaty, or in predicting how its court will approach the complex questions which arise in litigation involving international law. » (DENZA (2018), 388.). Dans son ouvrage comparatif intitulé *International Law and Domestic Legal Systems*, dans lequel les relations entre droit interne et droit international de 27 États sont examinées, DINAH SHELTON observe également que « [w]hile academic discourse on the relationship between international law and domestic legal systems continues in large part to refer to monism and dualism, the contributions to this volume suggest that it is rare to find a system that is entirely one or the other. » (SHELTON (2012), 3.). Voir également BESSON (2019a), 403.

246 CASSESE (2005), 217 ; BRANDEIS INSTITUTE FOR INTERNATIONAL JUDGES (2015), International courts, local actors, 14.

247 CASSESE (2012), 188.

248 DAILLIER/FORTEAU/PELLET (2009), 254 ; SCHAUS (2001), 39.

249 Art. 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVT, RS 0.111).

250 LUKASHUK (1989), 513 ; SALMON (2006), 1077 s ; DAILLIER/FORTEAU/PELLET (2009), 238 ; CRAWFORD (2012), 377 ; WYTTENBACH (2017), 84.

251 Art. 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVT ; RS 0.111) ; Art. 3 des Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ; SCHAUS (2011), para. 1.

252 CASSESE (2005), 219 ; WÜGER (2005), 65.

obligations internationales[253]. D'une manière générale, la manière dont les États s'y prennent importe peu, tant qu'ils respectent leurs obligations conventionnelles. Si un État viole une obligation internationale parce qu'il n'a pas modifié son droit interne, les tribunaux internationaux et les organes de surveillance constateront uniquement l'existence de la violation, sans se préoccuper des raisons qui ont conduit à celle-ci – en l'espèce un défaut de mise en œuvre interne[254]. Ainsi, l'obligation de mettre en œuvre le droit international est traditionnellement perçue comme une obligation de résultat et non de moyens[255]. En principe, l'État est donc libre de choisir si une disposition internationale sera mise en œuvre, en droit interne, par le pouvoir législatif, exécutif ou judiciaire.

En l'absence de précisions supplémentaires relatives à la notion de mise en œuvre dans le droit international positif, nous nous tournons vers la doctrine pour définir ce terme. JUDITH WYTTENBACH le définit par la négative : selon elle, une mise en œuvre insuffisante « bedeutet [...] dass innerstaatlich jene Massnahmen ganz oder teilweise unterlassen werden, die zur Umsetzung der völkerrechtlichen Verpflichtungen nach Treu und Glauben notwendig wären »[256]. SAMANTHA BESSON, quant à elle, définit la mise en œuvre comme la concrétisation d'une norme internationale par le droit interne « qui vise à préciser son contenu, son champ d'application et ses destinataires »[257]. Pour GERALD STABEROCK, qui aborde cette notion en lien avec les droits humains, il s'agit de la « realization of international human rights through a State's national legal and institutional system »[258]. PATRICK DAILLIER, MATHIAS FORTEAU et ALAIN PELLET parlent d'« exécution » des traités en droit interne, mais le concept est analogue à la notion de mise en œuvre : ils estiment que le respect d'un traité ne peut être assuré que si les États prennent effectivement des mesures[259]. Plusieurs thèses récentes se penchent également sur cette notion de mise en œuvre[260]. Dans sa thèse, ÖMER KESKIN observe qu'il n'existe pas de terminologie contraignante pour décrire le concept de mise en œuvre interne

253 CASSESE (2005), 219 ; SCHAUS (2011), para. 2 ; DENZA (2018), 386 ; SCHAUS (2001), 41.

254 CASSESE (2005), 218 ; DENZA (2018), 386.

255 DAILLIER/FORTEAU/PELLET (2009), 251 ; DENZA (2018), 386 ; BEENAKKER (2018), 34 ; NOLLKAEMPER (2014), 122. JEAN-MARIE GARRIGOU-LAGRANGE parle d' « indifférence de principe du droit international aux mode de répartition des compétences entre les différents organes de l'État » (GARRIGOU-LAGRANGE (1999), 308.).

256 WYTTENBACH (2017), 84.

257 BESSON (2019a), 412.

258 STABEROCK (2011b), para. 2.

259 DAILLIER/FORTEAU/PELLET (2009), 254.

260 JOLY (2020), 11ss ; BEENAKKER (2018), 15ss ; KESKIN (2019), 9ss.

des normes de droit international et retient le terme de « Verwirklichung » du droit international pour définir ce phénomène[261]. REBECCA JOLY, qui s'intéresse pour sa part à la mise en œuvre du droit fédéral par les entités fédérées, décrit la mise en œuvre comme une notion large qui désigne « tous les actes législatifs, judiciaires et administratifs que nécessite une législation pour passer d'une règle générale et abstraite à une décision individuelle et concrète, à une réalisation dans les faits »[262]. Enfin, pour EMILE BERNARD BEENAKER, la mise en œuvre peut être décrite comme « the act of putting into effect a norm of international law within the legal order of the state »[263]. Comme REBECCA JOLY, il précise que cette mise en œuvre peut être effectuée par les organes législatifs, judiciaires ou exécutifs de l'État concerné[264]. Les diverses définitions évoquées ci-dessus mettent toutes la « concrétisation » ou la « réalisation » des normes concernées au centre du concept de mise en œuvre. Il s'agit en effet de l'élément clé lorsque l'on parle de mise en œuvre. En ce sens, nous avons adopté la définition suivante : *tous les actes grâce auxquels les obligations internationales déploient leurs effets dans le droit et la pratique interne d'un État*.

Le besoin de mise en œuvre s'applique en premier lieu – mais pas uniquement – aux dispositions internationales qui sont dépourvues d'applicabilité directe[265] – on parle aussi de normes programmatoires. La doctrine distingue en effet les obligations internationales qui sont directement applicables *(self-executing)* de celles qui ne le sont pas *(non self-executing)*[266]. Le caractère directement applicable d'une norme détermine, en général, la nécessité d'adopter ou non des mesures internes de mise en œuvre. Cette affirmation doit toutefois être nuancée puisque les dispositions considérées d'applicabilité directe par le droit interne d'un État requièrent parfois également des mesures de concrétisation de la part de ses autorités internes[267].

Il n'est pas toujours aisé d'identifier si une norme est directement applicable ou si, au contraire, elle doit être mise en œuvre par les autorités nationales. Cette difficulté résulte notamment du fait que, selon la grande majorité des

261 KESKIN (2019), 10.

262 JOLY (2020), 11s.

263 BEENAKKER (2018), 15.

264 Ibid.

265 SCHAUS (2001), 37.

266 Parmi beaucoup d'autres, voir notamment : DENZA (2018), 398 ; BUERGENTHAL (1992), 317 ; SHELTON (2012), 11 ; SLOSS/VAN ALSTINE (2017), 111.

267 Voir en ce sens : SCHAUS (2001), 38 ; CONSEIL FÉDÉRAL (2010), La relation entre le droit international et le droit interne, 2105.

auteurs, il appartient aux autorités internes des États – en particulier aux tribunaux – de décider du caractère directement applicable d'une norme[268]. Pour reprendre les termes de THOMAS BUERGENTHAL, cela signifie que « whether a treaty is or is not self-executing is a domestic law question in that domestic law determines whether the treaty creates rights that domestic courts are empowered to enforce in a State »[269]. En théorie, il existe donc autant de définitions de la notion d'applicabilité directe que d'autorités d'application du droit ; il arrive même qu'une juridiction modifie sa définition de la notion d'« applicabilité directe » dans le temps et selon les affaires[270]. Il n'est dès lors pas rare qu'une disposition conventionnelle soit directement applicable dans un État

268 BUERGENTHAL (1992), 317 ; CASSESE (2005), 227 ; WÜGER (2005), 9 ; CROOTOF (2011), 1786 ; CRAWFORD (2012), 58 ; SHELTON (2012), 11 ; WYTTENBACH (2017), 290 ; DENZA (2018), 398 ; BEENAKKER (2018), 37 ; NOLLKAEMPER (2014), 108. JOE VERHOEVEN considère *a contrario* que « l'applicabilité directe soulève une question de droit international dont la solution doit être recherchée dans la volonté des auteurs de la règle dont l'application est poursuivie. » (VERHOEVEN (1980), 255.) En 1980, cet auteur note cependant déjà la tendance d'une « doctrine récente » considérant « que l'applicabilité directe du droit international dans les ordres internes relève du droit interne de chaque État intéressé et non du droit des gens » (ibid, 257. ). Selon lui, cette doctrine repose sur un point de fait (« la diversité des réponses données à la question de l'applicabilité directe d'une règle de droit international dans les différents États qu'elle lie », ibid. ) et un point de droit (« l'exécution interne du droit international tombe dans le domaine réservé des États », ibid, 258. ). Il estime cependant que cette doctrine ne correspond pas à l'état du droit positif et qu'il serait « difficile d'admettre que les États qui conviennent réciproquement de droits et d'obligations pourraient ne pas s'entendre unanimement sur la portée de ceux-ci » et qu'il serait déraisonnable de croire que les négociateurs d'un traité puissent « se satisfaire d'un système anarchique où l'obligation internationale de chacun varierait discrétionnairement selon les particularités de son droit interne » (ibid, 259. ). VERHOEVEN a confirmé sa position dans son précis de droit international public publié en 2000, dans lequel il affirme à nouveau qu'« il est difficilement acceptable que l'étendue des obligations internationales de chacun des contractants varie en fonction des dispositions de son droit national » (VERHOEVEN (2000), 414.) À ce sujet, voir également VAN ASSCHE (2015), 480. Plus récemment, GREGOR T. CHATTON a également considéré qu'il existait une « justiciabilité objective ». Dans sa thèse de doctorat consacrée à la justiciabilité des droit économiques, sociaux et culturels, il considère ainsi que « la faculté naturelle d'une norme de droit à faire l'objet d'une application directe peut se vérifier à l'aide de critères objectifs et universellement valables » (CHATTON (2013), 427.). Selon lui, « les critères pour déterminer si une norme est objectivement ou non justiciable constituent des principes généraux du droit » (ibid, 431. ). YUJI IWASAWA qualifie cette approche, selon laquelle le droit international détermine si une norme internationale est d'applicabilité directe en droit interne, de « given-theory » et la réfute (IWASAWA (1986), 650.). Enfin, pour BESSON, la question de l'applicabilité directe des dispositions d'un traité relève du droit national dans la plupart des cas, mais il est parfois possible de la déduire d'un traité si la volonté des parties en ressort clairement (BESSON (2019a), 409s.).

269 BUERGENTHAL (1992), 317.

270 Voir notamment l'évolution de la pratique du Tribunal fédéral suisse face à l'application des règles internationales, résumée par JACOT-GUILLARMOD (1989), 141 s.

et pas dans un autre[271]. En accord avec la doctrine dominante[272], nous sommes d'avis que les traités internationaux ne permettent pas de définir, de manière contraignante pour toutes les parties au traité, le caractère directement applicable ou non des dispositions qu'ils contiennent. Au contraire, nous considérons que l'applicabilité directe d'une norme internationale est une question d'interprétation de la disposition du traité en cause par les autorités étatiques[273]. Ainsi, même si un traité indique expressément que certaines de ses dispositions sont directement applicables, les autorités internes des États parties restent libres quant à la manière de leur donner effet en droit interne[274]. Elles peuvent notamment décider qu'une législation interne est nécessaire pour que la disposition puisse être invoquée devant les autorités judiciaires. Les autorités internes de l'État disposent de cette manière de la possibilité d'effectuer des choix politiques[275] ; elles peuvent notamment prendre des décisions en matière de répartition des compétences entre les différents pouvoirs de l'État (judiciaire, législatif et exécutif) en ce qui concerne la compétence de mettre en œuvre des dispositions internationales[276]. Le concept d'applicabilité directe permet par exemple à un tribunal étatique de justifier la non-application d'une norme internationale et de protéger ainsi certaines valeurs internes d'un examen judiciaire à l'aune du droit international[277]. Ce système montre bien l'importance d'encourager la mise en œuvre législative des obligations internationales. Si une obligation internationale est qualifiée comme étant non directement applicable par un tribunal étatique, seule sa concrétisation dans le droit interne de l'État concerné lui permettra de déployer pleinement ses effets.

En pratique, la doctrine suggère que la plupart des tribunaux nationaux se fondent sur des critères similaires pour déterminer si une norme est directement applicable : (1) l'intention des parties, (2) la création de droits spécifiques pour les particuliers et (3) la capacité d'une disposition à être appliquée directement[278]. En Suisse, le Tribunal fédéral et le Conseil fédéral estiment que

271 BUERGENTHAL (1992), 318.

272 Voir note 269.

273 En ce sens voir SHELTON (2012), 11 ; VAN ASSCHE (2015), 491.

274 BUERGENTHAL (1992), 320.

275 SLOSS / VAN ALSTINE (2017), 79 ; NOLLKAEMPER (2014), 108. NOLLKAEMPER relève à cet égard que le concept d'applicabilité directe possède un caractère intrinsèquement politique, en raison de l'emploi qui en est fait pour réguler l'influence du droit international sur le droit interne.

276 VAN ASSCHE (2015), 492 ; SHELTON (2012), 12.

277 NOLLKAEMPER (2014), 115.

278 SHELTON (2012), 11 et 12 ; SLOSS/VAN ALSTINE (2017), 111 ; NOLLKAEMPER (2014), 109 s.

le caractère directement applicable d'une disposition de droit international « implique que celle-ci soit, considérée dans son contexte et à la lumière tant de l'objet que du but du traité, inconditionnelle et suffisamment précise pour produire un effet direct et s'appliquer comme telle à un cas d'espèce ou constituer le fondement d'une décision concrète »[279]. Selon cette approche, les particuliers ne peuvent donc invoquer directement des normes de droit international que si « diese Rechte und Pflichten der Einzelnen betreffen sowie klar und bestimmt genug sind, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheids einer Behörde zu sein »[280]. Cette approche de nos autorités fédérales implique la « concrétisation » – pour reprendre le terme utilisé par le Conseil fédéral – des normes non directement applicables par les autorités compétentes[281]. Le Conseil fédéral n'exclut cependant pas que certaines dispositions directement applicables doivent également être « concrétisées »[282]. La pratique suisse de l'applicabilité directe a notamment été critiquée par JACOT-GUILLARMOD, qui la qualifie, dans un article paru en 1989, de « détour inutile »[283]. Selon lui, les traités internationaux devraient bénéficier d'une présomption d'applicabilité directe afin que la règle de droit international redevienne une « règle de droit à part entière » au sein de l'ordre juridique suisse[284]. La doctrine majoritaire récente ne suit cependant pas cette approche et affirme, selon nous à juste titre, que l'applicabilité directe doit être déterminée, au moins en partie, par les autorités internes d'application du droit[285]. Il est en effet utile – que ce soit pour des raisons politiques ou pour favoriser l'acceptation et l'application d'une norme par les autorités internes – que les autorités suisses aient la possibilité de déterminer par quel pouvoir (législatif, exécutif ou judiciaire) une norme internationale doit être appliquée. Cette conception de l'applicabilité directe permet, pour reprendre les termes de NOLLKAEMPER, de « protéger »[286] l'ordre juridique interne en fixant la séparation des pouvoirs et en permettant

279 CONSEIL FÉDÉRAL (2010), La relation entre le droit international et le droit interne, 2105. Voir également CALFISCH (2013), 6 ; TRIBUNAL FÉDÉRAL (2014), ATF 140 II 185, c. 4.2 ; TRIBUNAL FÉDÉRAL (2003), ATF 129 II 249, c. 3.3.

280 WYTTENBACH (2017), 290.

281 CONSEIL FÉDÉRAL (2010), La relation entre le droit international et le droit interne, 2105.

282 Ibid.

283 JACOT-GUILLARMOD (1989), 129.

284 Avant l'ATF 88 I 86, le Tribunal fédéral appliquait les dispositions de droit international sans examiner leur justiciabilité, qui était alors présumée (ibid, 135. . Voir également à ce sujet CONSEIL FÉDÉRAL (2010), La relation entre le droit international et le droit interne, 2106.

285 WYTTENBACH (2017), 290 ; WÜGER (2005), 22 et 202 ; HOLZER (1998), 18.

286 NOLLKAEMPER relève à ce sujet : « the principle of direct effect more often than not functions as a shield. » (NOLLKAEMPER (2014), 115.)

aux autorités étatiques de contrôler les effets du droit international sur leur droit interne[287]. En outre, cette utilisation de l'applicabilité directe peut servir de médiateur face au manque de légitimité démocratique qui est parfois reproché au processus d'élaboration des obligations internationales[288]. Nous précisons enfin que cette conception de l'applicabilité directe ne doit pas être perçue comme un conflit entre droit international et droit interne, qui aurait été « gagné » par le droit interne[289] ; au contraire, elle permet au droit international de déployer ses effets tout en respectant et protégeant l'autonomie des ordres juridiques internes. Ces considérations montrent tout l'intérêt d'étudier les mécanismes internes de mise en œuvre des obligations internationales. Puisqu'il revient au droit interne de décider de l'applicabilité directe (ou non) de ces obligations, il faut aussi que ce droit dispose de mécanismes permettant d'assurer la mise en œuvre des obligations jugées non directement applicables.

Finalement, il faut distinguer l'applicabilité directe d'une norme de sa justiciabilité – soit de la possibilité pour un tribunal d'examiner une norme internationale dans le cadre d'un recours déposé par un particulier[290]. Dans la doctrine, il est généralement fait référence à ces deux concepts comme les faces d'une même pièce : l'applicabilité directe d'une norme implique sa justiciabilité et inversément[291]. Il est toutefois envisageable que des normes non directement applicables – ou programmatoires – puissent être justiciables dans certains cas[292]. C'est d'ailleurs ce que le Tribunal fédéral semble avoir reconnu dans son ATF 137 I 305, en déclarant recevable un recours déposé contre l'inaction de l'autorité législative du canton de Zoug en matière d'égalité entre femmes et hommes sur la base, entre autres, d'une disposition internationale dite « programmatoire »[293]. L'approche du Tribunal fédéral dans cette décision peut toutefois porter à confusion. En effet, après avoir estimé que le recours fondé sur une norme programmatoire était recevable compte tenu de son caractère clair et déterminé[294], il indique que la norme en question impose uniquement une obligation d'agir, mais ne précise pas la manière

287 Ibid, 117.

288 Ibid.

289 Ibid, 122.

290 MARLÉTAZ (2021), 299.

291 Voir par exemple : WYTTENBACH (2017), 290 ; BESSON (2019a), 411.

292 Voir en ce sens SCHMID (2016), 19 ; MARLÉTAZ (2021), 302.

293 Il s'agissait en l'occurrence de l'art. 2 let. a de la CEDEF, selon lequel « les États parties doivent prendre des mesures législatives et d'autres mesures pour la réalisation effective du principe de l'égalité entre hommes et femmes ».

294 TRIBUNAL FÉDÉRAL (2011), ATF 137 I 305, c. 2.5.

dont ce mandat doit être accompli[295]. Il semble ainsi reconnaître la justiciabilité de la norme en raison de sa précision, puis nier son applicabilité directe en raison d'un manque de précision. Conçue de cette manière, la justiciabilité vise uniquement à déterminer la « possibilité de saisine du tribunal »[296], mais pas la faculté de celui-ci à rendre une décision fondée sur la norme concernée. Dans de tels cas, le tribunal peut alors uniquement rendre une décision dite « incitative » pour demander à l'autorité législative d'agir. Ces distinctions relatives à la justiciabilité n'amenuisent en rien la pertinence d'étudier les mécanismes internes de mise en œuvre des obligations internationales. En effet, même si l'on reconnaît la possibilité d'invoquer certaines obligations programmatoires devant les tribunaux internes, il incombera toujours aux autorités législatives compétentes d'adopter les mesures de mise en œuvre nécessaires.

Il ressort des paragraphes qui précèdent qu'indépendamment de la manière dont elles sont introduites en droit interne ou de leur justiciabilité, les obligations internationales non directement applicables – et parfois les obligations directement applicables – doivent être mises en œuvre pour déployer leurs effets. En principe, les autorités internes sont libres de choisir par quel pouvoir (législatif, exécutif et/ou judiciaire) cette mise en œuvre sera effectuée. Dans certains cas, la manière dont une obligation internationale est formulée, combinée au système constitutionnel de l'État dans lequel elle est mise en œuvre, peut toutefois donner lieu à une obligation internationale de légiférer. La section suivante se consacre à cette question.

## 2.3. Les obligations internationales de légiférer

Comme nous l'avons vu, généralement les États choisissent la manière dont ils souhaitent mettre en œuvre leurs obligations internationales. Ils décident notamment si une obligation est directement applicable ou non. Dans certains cas, il arrive toutefois qu'une obligation internationale, combinée aux dispositions constitutionnelles de l'État dans lequel elle est appliquée, donne une injonction précise aux autorités internes de mise en œuvre. En particulier, certaines obligations internationales peuvent être respectées uniquement grâce à l'action de l'autorité législative interne[297]. Ces obligations sont celles qu'on appelle « obligations internationales de légiférer ». L'objectif de cette section est double : dans un premier temps, elle cherche à cerner, grâce à des

295 Ibid, c. 6.6.

296 MARLÉTAZ (2021), 300.

297 SCHMID (2015), 575.

exemples, comment se présentent de telles obligations dans des textes de droit international (point 2.3.1). L'analyse des textes internationaux n'est toutefois pas suffisante puisque la question de savoir si un État est tenu d'adopter une législation nationale ne relève pas uniquement du droit international, mais également du droit constitutionnel de l'État en question[298]. Dans un deuxième temps, nous présenterons donc la manière d'identifier ces obligations en pratique, en tenant compte aussi bien du droit international que du droit interne (point 2.3.2).

### 2.3.1. Les « obligations internationales de légiférer » dans la pratique internationale

Plusieurs auteurs se sont déjà intéressés au concept d'obligation de *légiférer*, en employant des dénominations diverses, telles que « duty to enact legislation »[299], « prescriptions obligeant à légiférer »[300], « Gesetzgebungsaufträge »[301], « Umsetzungsverpflichtungen »[302], « legislative standards »[303], « vertragliche Umsetzungsvorgaben »[304], « legislative duties »[305], « obligations législatives internationales »[306], « völkerrechtliche Gesetzgebungsaufträge »[307] ou encore « clause de conformité »[308]. Ces expressions font toutes référence à la même idée : l'obligation faite aux autorités internes d'un État, par une norme internationale, d'adopter des mesures législatives. Dans le contexte de la présente thèse, nous nous intéressons uniquement aux obligations de légiférer qui émanent des traités. Nous n'ignorons pas que ces obligations font parfois l'objet de directives détaillées, établies par des organes internationaux, qui limitent fortement la marge de manœuvre des autorités législatives internes[309]. La mise

298 Ibid, 576.

299 CASSESE (2005), 218.

300 GARRIGOU-LAGRANGE (1999), 309.

301 HOLZER (1998), 47.

302 WÜGER (2005), 144.

303 BEENAKKER (2018), 73.

304 WYTTENBACH (2017), 57.

305 SCHMID (2015), 563.

306 SCHMID (2017), 932.

307 SCHMID (2016), 3.

308 En lien avec les obligations découlant du droit de l'OMC, YVES NOUVEL arrive à la conclusion que le droit de l'OMC impose à ses membres une obligation positive de mettre leur législation en conformité avec les accords de l'OMC. Il parle à ce sujet de « clause de conformité » dont le but est la mise en conformité du droit interne au droit international (NOUVEL (2003), 659).

309 PETRIG (2015), 533.

en œuvre de ces directives ne fait toutefois pas l'objet de la présente recherche, qui se concentre sur des obligations qui laissent une marge de manœuvre relativement importante aux parlements étudiés.

Le concept même d'obligation de légiférer n'est pas nouveau. En 1925, la Cour permanente de justice internationale reconnaissait déjà comme « un principe allant de soi » le fait qu'« un État qui a valablement contracté des obligations internationales est tenu d'apporter à sa législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris »[310]. Dans le même sens, le Comité des droits de l'homme a considéré dans son Observation générale nº 31 que « [d]e manière générale, il serait contraire aux fins visées par le Pacte [des droits civils et politiques] de ne pas reconnaître qu'il existe une obligation inhérente à l'art. 2 de prendre des mesures pour prévenir la répétition d'une violation du Pacte. En conséquence, il est fréquent que le Comité, dans des affaires dont il est saisi en vertu du Protocole facultatif, mentionne dans ses constatations la nécessité d'adopter des mesures visant, au-delà de la réparation due spécifiquement à la victime, à éviter la répétition du type de violation considéré. De telles mesures peuvent nécessiter une modification de la législation ou des pratiques de l'État. »[311] Il apparaît ainsi que, malgré l'apparente indifférence du droit international face à l'organisation interne des pouvoirs au sein de l'État, certains traités internationaux comportent des obligations d'adopter des mesures législatives en droit interne[312].

Ces obligations de légiférer peuvent être *explicites* ou *implicites*[313]. Il est relativement aisé d'identifier les normes qui imposent explicitement l'adoption de mesures législatives[314]. Dès le début du XXe siècle, certains traités prévoyaient expressément l'obligation d'adopter une législation interne pour atteindre les buts prévus par le traité[315]. Tel est par exemple le cas de l'art. 6 de la *Preservation and Protection of Fur Seal Convention* du 7 juillet 1911, selon lequel « [e]ach of the High Contracting Parties agrees to enact and enforce such legislation as may be necessary to make effective the foregoing provisions with appropriate penalties for violations thereof »[316]. Le droit pénal international

310 CPIJ (1925), Avis consultatif du 21 février 1925 sur l'échange des populations grecques et turques, 20.

311 COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME (2004), Observation générale nº 31, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, § 17.

312 En ce sens voir notamment : CASSESE (2005), 218 ; GARRIGOU-LAGRANGE (1999), 309 ; WYTTENBACH (2017), 90 ; KÄLIN (2000), 120.

313 WYTTENBACH (2017), 90 ; BEENAKKER (2018), 69 ; SCHMID (2015), 577.

314 SCHMID (2015), 577.

315 Ibid, 566.

316 Cet exemple est discuté par EVELYNE SCHMID : ibid.

prévoit également plusieurs exemples d'obligations explicites de légiférer[317]. Ainsi, l'art. V de la Convention pour la prévention et la répression de crime du génocide prévoit que « [l]es Parties contractantes s'engagent à prendre, conformément à leurs constitutions respectives, les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application des dispositions de la présente Convention [...] »[318]. Un exemple plus récent – d'ailleurs mentionné par plusieurs auteurs[319] – est l'art. 4 de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant. Selon cet article « les États parties s'engagent à prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente Convention »[320]. Ces exemples imposent clairement aux parties contractantes d'adopter les mesures législatives nécessaires à la mise en œuvre de la convention concernée. L'obligation internationale de légiférer est ainsi limitée aux mesures nécessaires. En lien avec la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, la doctrine précise que les mesures nécessaires sont par exemple l'obligation de définir et de criminaliser le génocide en droit interne (art. I à IV de la Convention), mais pas l'obligation de soumettre les différends à la CIJ (art. IX de la Convention), qui relève du pouvoir exécutif et n'est dès lors pas susceptible de faire l'objet d'une réglementation législative en droit interne[321]. S'agissant de la Convention relative aux droits de l'enfant, JOHN TOBIN estime que les mesures législatives nécessaires *(appropriate)* à sa mise en œuvre sont celles qui permettent son application effective en pratique[322]. Il précise que les États ont alors une obligation de s'assurer de l'effectivité des mesures qu'ils adoptent, en mettant en place des processus d'évaluation et de surveillance ; il ne suffit pas d'affirmer que des mesures ont été prises[323]. Malgré l'existence d'une obligation explicite de légiférer, les États disposent ainsi d'une certaine marge d'appréciation lorsqu'ils mettent en œuvre une telle obligation[324]. En comparaison avec une « simple » obligation de mise en œuvre, cette marge de manœuvre est toutefois limitée par la disposition internationale, qui impose le respect de certaines conditions minimales.

317 DENZA (2018), 387.

318 Convention pour la prévention et la répression du crime du génocide du 9 décembre 1948 (RS 0.311.11).

319 WÜGER (2005), 144 ; WYTTENBACH (2017), 77.

320 Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (RS 0.107).

321 SAUL (2009), 61.

322 TOBIN (2019), 113.

323 Ibid.

324 En ce sens, voir ibid, 112.

Au sujet des obligations explicites de légiférer, il convient de préciser que, lorsqu'elles se réfèrent à l'autorité « législative », à la « loi » ou à la « législation » interne d'un État, elles ne font pas nécessairement référence à l'organe législatif de l'État en question ; cela dépend de l'organisation du pouvoir dans l'État concerné. Pour reprendre les termes de JEAN-MARIE GARRIGOU-LAGRANGE, « [i]l serait vain de chercher dans les documents juridiques internationaux des prescriptions obligeant spécifiquement les détenteurs du pouvoir législatif dans les États parties à un traité ou membres d'une organisation internationale à légiférer en tel ou tel domaine. Pire, une telle recherche serait source d'erreurs, car lorsqu'un traité fait référence à la « loi », celle-ci doit être entendue non en un sens organique, mais en un sens matériel. En effet le droit international n'a pas à connaître de l'organisation interne des États. »[325] La manière dont le droit interne doit être considéré en droit international avait déjà été définie en 1925 par la Cour permanente de justice internationale (CPJI) dans l'*Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise*. Dans cette affaire, la CPJI a considéré qu'« [a]u regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives »[326]. La Cour internationale de justice (CIJ) a confirmé cette approche en 1986 dans l'*Affaire du différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*[327], puis en 2005 dans l'*Affaire du différend frontalier (Bénin/Niger)*[328]. Dans ces deux affaires, la CIJ a rappelé que le droit interne intervient « non en tant que tel (comme s'il y avait un *continuum juris*, un relais juridique entre ce droit et le droit international), mais seulement comme un élément de fait, parmi d'autres, ou comme moyen de preuve et de démonstration »[329]. Selon cette jurisprudence, les lois nationales ne sont donc que des faits et possèdent le même statut que des mesures administratives ou des décisions judiciaires[330]. Dans le même sens, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que le terme « loi » devait être entendu dans son acception « matérielle » et non « formelle »[331]. Cela signifie que, selon le droit international, la « loi » en droit interne doit être entendue en un sens matériel, et

325 GARRIGOU-LAGRANGE (1999), 308.

326 CPJI (1926), Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise (fond), 19.

327 CIJ (1986), Affaire du différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali) du 22 décembre 1986, para. 30.

328 CIJ (2005), Affaire du différend frontalier (Bénin/Niger) du 12 juillet 2005, para. 28.

329 Ibid.

330 À ce sujet, voir BEENAKKER (2018), 8.

331 SUDRE et al. (2017), 55 ; (1990), Kruslin c. France du 24 avril 1990, § 29.

non organique[332]. Au sens de la Convention, cette loi au sens matériel englobe « le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle »[333] ainsi que les textes réglementaires[334]. Le Comité européen des droits sociaux du Conseil de l'Europe se réfère également à la « loi » dans son acceptation matérielle lorsqu'il évalue la légalité des restrictions aux droits garantis par la Charte sociale européenne[335]. Cette approche rejoint celle de la CIJ, qui ne fait pas de différence entre les actes législatifs et les décisions judiciaires ou les mesures administratives prises par d'autres organes de l'État[336].

Par ailleurs, d'un point de vue qualitatif, il n'existe pas de standards internationaux qui fixent les critères formels devant être respectés par les « lois » internes de mise en œuvre[337]. Plusieurs organisations internationales ont fixé certains critères permettant de définir plus précisément ce qu'il faut entendre par « loi » au regard du droit international. La Cour européenne des droits de l'homme considère que la loi au sens matériel doit être accessible et prévisible[338]. L'accessibilité est satisfaite par la simple publication de la loi[339]. La prévisibilité suppose que la norme soit « énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite [...] il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé »[340]. Pour l'OCDE, la « loi » est comprise principalement comme un instrument réglementaire, soit un moyen d'atteindre le bien public et d'améliorer la qualité de vie des citoyens[341]. Pour atteindre ce but, l'OCDE a adopté des orientations à l'attention des États membres et non-membres, qui recommandent notamment aux pouvoirs publics l'adoption de règles « claires et compréhensibles » afin que « les parties comprennent facilement en quoi consistent leurs droits et obligations »[342]. Selon le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CESCR), les

332 GARRIGOU-LAGRANGE (1999), 308.

333 COUREDH (1996), Cantoni c. France du 15 novembre 1996, para. 29.

334 SUDRE et al. (2017), 56.

335 Voir par exemple COMITÉ DES DROITS SOCIAUX DU CONSEIL DE L'EUROPE (2005), Conclusions XVII-1 – Pays-Bas – article 6-4.

336 En ce sens voir : BEENAKKER (2018), 8.

337 En ce sens voir : ibid, 278.

338 COUREDH (1979), Sunday Times c. Royaume-Uni du 26 avril 1979, para. 49.

339 COUREDH (1990), Kruslin c. France du 24 avril 1990, para. 30.

340 COUREDH (1979), Sunday Times c. Royaume-Uni du 26 avril 1979, para. 49.

341 VOERMANS (2017), 25 ; ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (2003), Politiques de régulation dans les pays de l'OCDE : De l'interventionnisme à la gouvernance de la régulation, 3.

342 ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (2012), Recommandation du Conseil concernant la politique et la gouvernance réglementaires, point I.2.

« mesures législatives » que doivent prendre les États parties au Pacte ONU I selon l'art. 2 du Pacte doivent uniquement être « issues d'un système démocratique »[343]. Le comité ne définit cependant pas ce qu'il faut entendre par « démocratique »[344]. Cette approche du CESCR laisse ainsi une grande liberté aux États lorsqu'ils adoptent des « mesures législatives » de mise en œuvre et ne permet d'identifier aucune exigence de qualité législative.

Dans ces conditions, la référence explicite, dans certaines dispositions internationales, à la « loi interne » ne permet de définir ni par quel organe elle doit être adoptée, ni les qualités formelles qu'elle doit posséder. Cette indifférence du droit international face au droit interne se justifie notamment par la nécessité de tenir compte des différentes traditions juridiques nationales[345]. Ainsi, même lorsque le droit international prévoit explicitement une obligation de *légiférer*, il convient toujours, dans un second temps, d'identifier l'organe interne compétent pour la mettre en œuvre.

À côté des dispositions qui prévoient explicitement des obligations de légiférer, d'autres dispositions internationales sont plus ambiguës. On parle alors d'obligations *implicites* de légiférer[346]. Il s'agit de dispositions internationales qui – bien qu'elles ne requièrent pas expressément l'action de l'autorité législative interne – obligent les parties contractantes, par une combinaison de facteurs internationaux et de facteurs de droit constitutionnel interne, à adopter des mesures législatives[347]. Tel est par exemple le cas lorsqu'un traité prévoit uniquement l'adoption de « mesures » dans un domaine, et que ce domaine relève, dans le droit interne des parties contractantes, du pouvoir législatif[348]. EVELYNE SCHMID relève à cet égard que le droit interne des parties est « dans une large mesure décisif aux fins de déterminer si un État peut se conformer à une obligation internationale sans entreprendre une action législative au niveau interne »[349]. Dans son arrêt d'interprétation de l'arrêt *Avena*, la CIJ a ainsi reconnu, au sujet de l'une des obligations internationales incombant aux États-Unis en vertu de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, qu'il s'agissait d'une obligation de résultat et que l'arrêt laissait aux États-Unis le choix des moyens d'exécution « sans exclure l'adoption, dans

343 CESCR (1990), Observation générale no 3, E/1991/23, § 8.

344 Voir à ce sujet : SAUL/KINLEY/MOWBRAY (2014), 171.

345 En ce sens, l'approche de la Cour européenne des droits de l'homme vise notamment à ne pas « forcer la distinction entre pays de *common law* et pays continentaux » (Kruslin c. France du 24 avril 1990, § 29). Voir également BEENAKKER (2018), 72.

346 WYTTENBACH (2017), 90 ; BEENAKKER (2018), 69 ; SCHMID (2015), 577.

347 Voir en ce sens SCHMID (2017), 936.

348 SCHMID (2015), 579.

349 SCHMID (2017), 936. Voir également en ce sens BEENAKKER (2018), 71.

un délai raisonnable, d'une législation appropriée, si cela est jugé nécessaire en vertu du droit constitutionnel national »[350]. Cette jurisprudence illustre bien l'importance du droit interne lorsqu'une obligation internationale n'impose pas explicitement un devoir de légiférer.

L'art. 2, para. 1 du Pacte ONU I constitue un cas intéressant, souvent mentionné en doctrine[351]. Selon cet article, « chacun des États parties au présent Pacte s'engage à agir, [...] en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives »[352]. Selon le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CESCR), cette disposition impose aux États de démontrer « non seulement quelles sont les mesures qui ont été prises mais aussi les raisons pour lesquelles elles sont jugées le plus « appropriées » compte tenu des circonstances »[353]. Il ressort de cette observation que la marge d'appréciation des États est réduite par leur devoir d'expliquer le choix des mesures prises. Par ailleurs, en les mentionnant expressément, le Pacte I ONU considère que l'adoption de mesures législatives est un outil particulièrement utile pour respecter les obligations contenues dans le traité[354]. Le fait que de telles mesures soient « particulièrement utiles » ne veut pas dire qu'elles sont nécessaires. En revanche, la mention expresse de ces mesures contraint les États à justifier leur choix s'ils renoncent à adopter des mesures législatives[355]. En pratique, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels détermine au cas par cas les situations dans lesquelles l'adoption de mesures législatives est nécessaire[356]. À notre avis, une formulation de ce type, bien qu'elle mentionne expressément l'adoption de mesures législatives, ne constitue pas une obligation explicite dans la mesure où les États ont la possibilité de justifier leur choix de renoncer à de telles mesures.

Un autre exemple d'obligation implicite figure à l'art. 2 para. 1 (d) de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. Selon cette disposition, « chaque État partie doit, par tous les moyens appropriés, y compris, si les circonstances l'exigent, des mesures législatives, interdire la discrimination raciale pratiquée par des personnes,

350 CIJ (2009), Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique).

351 SCHMID (2015), 578 ; BEENAKKER (2018), 43.

352 Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, RS 0.103.1.

353 CESCR (1990), Observation générale no 3, E/1991/23, para. 4.

354 SCHMID (2015), 578.

355 SCHMID (à paraître).

356 SAUL/KINLEY/MOWBRAY (2014), 169.

des groupes ou des organisations et y mettre fin »[357]. Là encore, malgré la mention expresse de « mesures législatives », celles-ci ne sont requises que dans certaines situations. L'on ne peut dès lors pas considérer qu'une telle disposition oblige explicitement les parties contractantes à légiférer. Au contraire, l'obligation législative est subordonnée à l'existence de circonstances particulières, laissant ainsi une grande marge de manœuvre aux États parties. Comme pour toute obligation internationale, l'adoption de mesures législatives constitue une option parmi d'autres pour se conformer à l'adage *pacta sunt servanda*. À notre sens, une telle disposition ne peut dès lors pas être qualifiée d'obligation explicite de légiférer. Elle peut cependant imposer implicitement une obligation législative si la modification ou l'adoption d'une loi interne s'impose dans l'ordre juridique interne concerné.

La CEDH contient aussi plusieurs exemples d'obligations implicites de légiférer. Avec le développement de la théorie des obligations positives par la CourEDH, plusieurs obligations de ce type ont en effet été reconnues[358]. Bien que les articles de la Convention ne prévoient pas expressément l'adoption de mesures législatives, elles sont nécessaires dans certaines situations. Dans sa thèse de doctorat, NATHANAËL PÉTERMANN brosse un panorama des obligations positives à incidence législative dans la jurisprudence de la CourEDH[359]. La première affaire à avoir fondé une telle obligation est l'affaire *Marckx c. Belgique*, rendue en 1979[360]. Dans cet arrêt, la Cour a reconnu, en lien avec l'art. 8 CEDH, que cette disposition impliquait aussi des « obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie familiale »[361]. En lien avec l'art. 2 CEDH, PÉTERMANN cite par exemple l'affaire *Kontrová c. Slovaquie*, dans laquelle la Cour a reconnu l'obligation « d'assurer le droit à la vie en mettant en place une législation pénale concrète dissuadant de commettre des atteintes contre la personne et s'appuyant sur un mécanisme conçu pour en prévenir, réprimer et sanctionner les violations »[362]. Un autre des nombreux exemples mentionnés par PÉTERMANN est l'arrêt *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c. Suède*, dans lequel la Cour a rappelé, en lien avec l'art. 10 CEDH, que la responsabilité d'un État pouvait être engagée s'il ne respectait pas « son obligation d'édicter une législation interne »[363].

357 Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965, RS 0.104.

358 BEENAKKER (2018), 43.

359 PÉTERMANN (2014), 205 s.

360 Ibid, 269.

361 COUREDH (1979), Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, para. 31.

362 PÉTERMANN (2014), 219 ; COUREDH (2007), Kontrová c. Slovquie du 31 mai 2007, para. 49.

363 COUREDH (2008), Khurshid Mustafa et Tarzibachi c. Suède du 16 décembre 2008, para. 31. Il s'agissait en l'occurrence de l'obligation de légiférer pour respecter le droit

La jurisprudence du Comité européen des droits sociaux, en charge de la mise en œuvre de la Charte sociale des droit sociaux, fournit d'autres exemples d'obligations implicites de légiférer. En lien avec l'art. 16 de la Charte (droit de la famille à une protection sociale, juridique et économique), le Comité a ainsi considéré, dans une décision concernant la Belgique, qu'« il [appartenait] à l'État de tenir compte, dans sa législation urbanistique et dans les décisions individuelles, du cas spécifique des familles de Yéniches, Sintés et Roms nomades, afin de leur permettre le plus possible de vivre selon leurs traditions, dans le respect de leur identité culturelle, dans un juste équilibre avec l'intérêt général »[364]. Ces différents exemples montrent que malgré la formulation générale de certaines obligations en matière de droits humains, elles impliquent souvent une adaptation législative de la part de l'État. L'obligation d'adopter des mesures législatives a d'ailleurs été qualifiée de « first and foremost positive obligation »[365] par la doctrine. Après avoir présenté et analysé plusieurs exemples d'obligations internationales de légiférer, la section qui suit offre une méthode pour identifier ces obligations en tenant compte aussi bien des textes internationaux que des dispositions de droit interne.

### 2.3.2. L'identification des obligations internationales de légiférer

Pour identifier une obligation internationale de légiférer, il faut commencer par interpréter, au cas par cas, le texte des normes internationales concernées selon les méthodes d'interprétation du droit international[366]. L'application de ces méthodes n'est toutefois pas suffisante puisque la question de savoir si un État est tenu d'adopter une législation nationale ne relève pas uniquement du droit international[367]. Ainsi, il est généralement difficile de conclure, uniquement sur la base d'un traité, qu'une obligation incombe aux autorités législatives d'un État[368]. Beaucoup d'éléments dépendent des caractéristiques propres à chaque ordre juridique national[369]. Une obligation de « légiférer » selon le droit

des recourants à recevoir des informations par le biais de l'installation d'une antenne de réception de programmes télévisés. PÉTERMANN (2014), 343.

364 Décision sur le bien-fondé du 30 mars 2012 – Réclamation n° 62/2010 Fédération internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH) c. Belgique, para. 135.

365 LAVRYSEN (2014), 85. VÉRONIQUE BOILLET et EVELYNE SCHMID mentionnent cette référence dans leur tierce intervention dans l'affaire *Verein KlimaSeniorinnen et autres c. Suisse* (SCHMID/BOILLET (2021).)

366 SCHMID (2017), 936 ; SCHMID (2015), 575.

367 SCHMID (2015), 576.

368 BEENAKKER (2018), 39.

369 Ibid. ; SCHAUS (2001), 42.

international peut par exemple donner lieu à des mesures prises par l'exécutif dans le droit interne d'un État donné[370]. Ainsi, comme le relève EVELYNE SCHMID, le droit constitutionnel de l'État « is in most cases decisive to determine whether a State can only meet a particular international obligation by way of taking domestic legislative action »[371]. Dans ces conditions, pour affirmer l'existence d'une obligation de légiférer, il ne suffit pas de se livrer à une interprétation de la norme internationale concernée selon les méthodes du droit international. Il faut également analyser le système juridique interne dans lequel l'obligation en question devra être mise en œuvre. Dans un premier temps, cette section rappelle quelles sont les méthodes d'interprétation du droit international et les présente brièvement (point 2.3.2.1). Elle mentionne ensuite d'autres moyens d'interprétation, qui peuvent être utilisés en complément (point 2.3.2.2). Finalement, elle explique comment identifier les obligations qui incombent aux autorités législatives dans l'ordre juridique suisse (point 2.3.2.3).

#### 2.3.2.1. Les méthodes d'interprétation du droit international

Les méthodes d'interprétation du droit international sont les suivantes : littérale, systématique, téléologique et historique. Issues du droit coutumier[372], elles ont été codifiées aux art. 31 et 32 de la CVT. L'art. 31 para.1 CVT prévoit que l'interprétation des dispositions internationales doit se faire « de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». L'art. 32 ajoute qu'« [i]l peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'art. 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'art. 31 : a) laisse le sens ambigu ou obscur ; ou b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable ».

L'art. 31 CVT se réfère aux méthodes littérale, systématique et téléologique, qui peuvent être utilisées simultanément et sans hiérarchie entre elles[373]. L'art. 32 concerne la méthode historique, qui est complémentaire aux trois autres[374]. La méthode *littérale* constitue généralement le point de départ

370 Par exemple, pour mettre en œuvre l'obligation internationale de mettre des aires de stationnement à disposition des Yéniches, Sintés et Roms nomades (chapitre 7), la compétence d'adopter des plans relève, selon les cantons, de l'exécutif ou du législatif (voir les art. 10 et 25 de la loi sur l'aménagement du territoire, LAT, RS 700).

371 SCHMID (2015), 576.

372 En ce sens, à bien des égards : CIJ (1997), Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie) du 25 septembre 1997.

373 BESSON (2019a), 345.

374 Ibid.

lorsque l'on interprète une disposition conventionnelle[375]. Fondée sur le texte de la disposition, cette méthode donne de l'importance au « sens ordinaire à attribuer aux termes du traité ». L'interprétation *systématique* fait référence au contexte juridique qui entoure la disposition concernée. La notion de contexte est définie à l'art. 31 para. 2 CVT. Il s'agit, « outre le texte, préambule et annexes inclus » de « tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité » (let. a) et de « tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité » (let. b). Selon l'art. 31 para. 3 CVT d'autres éléments peuvent également être pris en compte en même temps que le contexte[376]. L'interprétation systématique permet ainsi de tenir compte de plusieurs éléments externes au traité. L'interprétation *téléologique* se fait à la lumière de l'objet et du but du traité (art. 31 para. 1 CVT). Elle est souvent utilisée en pratique et sert généralement à vérifier qu'une interprétation ne conduise pas à un résultat manifestement absurde[377]. Enfin, l'interprétation *historique* peut être utilisée de manière accessoire et subsidiaire, pour confirmer une interprétation spécifique ou si les autres méthodes n'aboutissent à aucun résultat[378]. Selon cette méthode, il est possible de faire appel aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu (art. 32 CVT). Le recours à ces moyens complémentaires d'interprétation doit se faire de manière subsidiaire, en raison des difficultés pratiques à mener de telles recherches et du problème engendré par l'utilisation des travaux préparatoires en présence d'États ayant adhéré ultérieurement au traité[379].

#### 2.3.2.2. L'utilisation d'autres moyens d'interprétation

Pour compléter une interprétation effectuée conformément aux méthodes décrites ci-dessus, nous nous inspirerons parfois des décisions, jugements, observations ou recommandations rendues par certains organismes internationaux. Compte tenu de la grande autorité dont jouissent ces organes, nous tiendrons compte de leur travail pour identifier certaines obligations internationales de légiférer issues de dispositions conventionnelles peu claires.

375 AMMANN (2020b), 199.

376 Selon l'art. 31 para. 3 CVT, il s'agit notamment de « a) tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ; b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ; c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ».

377 AMMANN (2020b), 209ss.

378 BESSON (2019a), 348 ; AMMANN (2020b), 214.

379 BESSON (2019a), 348.

Dans le domaine des droits humains, nous utiliserons notamment les observations finales des différents comités de l'ONU. Malgré leur absence de caractère contraignant, elles s'apparentent souvent à des directives claires à l'intention des autorités législatives et des autres autorités de l'État[380]. Compte tenu du rôle donné aux organes des traités par les conventions et de la nature contraignante des obligations sur lesquelles elles se basent, ces observations revêtent, malgré leur caractère non-contraignant, une autorité considérable[381]. Les observations générales ou recommandations générales émises par les divers comités de l'ONU sont également de précieuses sources d'interprétation des obligations contenues dans les traités[382]. Comme les observations finales, elles n'ont pas de caractère contraignant, mais elles clarifient et précisent le contenu et la portée des obligations des États parties en lien avec un droit en particulier[383]. Au sujet de l'interprétation de la CEDEF, le Tribunal fédéral a ainsi reconnu que ces recommandations « [exprimaient] l'opinion consensuelle du Comité, lequel est un collège d'experts institué par les États parties et investi d'une autorité particulière, au sujet des obligations que la Convention impose à un État ; elles constituent ainsi une source importante pour l'interprétation de ce traité »[384]. HELEN KELLER et LEENA GROVER vont encore plus loin et estiment que l'interprétation de bonne foi prescrite par l'art. 31 para. 1 CVT oblige les États parties à un traité à dûment prendre en considération le contenu de ces recommandations, étant donné qu'elles émanent d'un organe créé par les parties contractantes pour interpréter le pacte[385]. Enfin, dans son affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, la CIJ a aussi expressément reconnu qu'il fallait accorder « une grande considération » à l'interprétation adoptée par les organes des traités (en l'espèce le Comité des droits de l'homme) ; elle a estimé qu'il en allait de « la nécessaire clarté et de l'indispensable cohérence du droit international »[386].

Parfois, nous nous référerons aussi aux jugements de la Cour européenne des droits de l'homme pour consolider une interprétation. En principe, ces jugements sont contraignants uniquement pour les parties au litige[387]. Toute-

380 KÄLIN/KÜNZLI (2011), 211 ; TRIBUNAL FÉDÉRAL (2011), ATF 137 I 305, c. 6.5.

381 CHINKIN (2018), 79 ; RODLEY (2013), 639 ; KÄLIN (2012), 31 ; TRIBUNAL FÉDÉRAL (2011), ATF 137 I 305, c. 6.5.

382 KELLER/GROVER (2012), 118.

383 RODLEY (2013), 639 ; KÄLIN/KÜNZLI (2011), 211.

384 TRIBUNAL FÉDÉRAL (2011), ATF 137 I 305.

385 KELLER/GROVER (2012), 129.

386 CIJ (2010), Affaire Ahmadou Sadio Diallo du 30 novembre 2010, para. 66.

387 Art. 46 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH ; RS 0.101).

fois, les jugements de la Cour revêtent une importance bien plus grande en pratique : de manière indirecte, ils sont également pertinents pour les autres États parties à la Convention, qui risquent, s'ils ne se conforment pas à la jurisprudence de la Cour, de se voir condamnés à leur tour[388]. Dans son affaire *Rantsev c. Chypre et Russie*, la Cour a ainsi rappelé que « ses arrêts servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention et à contribuer de la sorte au respect, par les États, des engagements qu'ils ont pris en leur qualité de Parties contractantes »[389]. La doctrine parle à ce sujet d'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour[390] ou d'effet *erga omnes* des arrêts de la Cour[391].

Si nécessaire, nous consulterons également les travaux des divers comités du Conseil de l'Europe, tels le Groupe d'experts sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (GREVIO) ou le Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales. Bien que les rapports et les recommandations générales de ces comités ne soient pas contraignants, ils revêtent également une autorité importante[392] et sont d'ailleurs fréquemment cités par la Cour européenne des droits de l'homme dans ses arrêts[393].

Dans le domaine des accords bilatéraux conclus entre la Suisse et l'Union européenne, nous nous référerons aussi parfois aux décisions des mécanismes intergouvernementaux de mise en œuvre. Par exemple, le mécanisme d'évaluation Schengen, qui vise à vérifier que l'acquis de Schengen et les nouveaux développements sont correctement appliqués[394], permet, grâce aux recommandations formulées par les experts et les expertes, de clarifier la portée des obligations découlant de l'accord.

388 DRZEMCZEWSKI (2011), 85.

389 COUREDH (2010), Rantsev c. Chypre et Russie, para. 197.

390 DRZEMCZEWSKI (2011), 85.

391 BESSON (2011), 125.

392 Au sujet des recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe voir : COUREDH (2006), Riviere c. France du 11 juillet 2006, para. 72 ; COUREDH (2012), Boulois c. Luxembourg du 3 avril 2012, para. 78.

393 Par exemple, les recommandations et rapports du Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales ont notamment été citées dans les arrêts suivants : COUREDH (2007), D.H. et autres c. République Tchèque du 13 novembre 2007, para. 66 ; COUREDH (2013), Vona c. Hongrie du 9 juillet 2013, para. 28.

394 CONSEIL FÉDÉRAL (2014), Message du 9 avril 2014 relatif à l'approbation de l'échange de notes entre la Suisse et l'UE concernant la reprise du règlement (UE) no 1053/2013 portant création d'un mécanisme d'évaluation et de contrôle destiné à vérifier l'application de l'acquis de Schengen, 3200.

### 2.3.2.3. L'examen de l'ordre juridique suisse

Pour démontrer l'existence d'une obligation internationale de légiférer dans les six études de cas sélectionnées, nous commencerons par appliquer les méthodes d'interprétation décrites ci-dessus et compléterons cette analyse grâce aux recommandations, décisions, jugements ou observations issues d'organismes internationaux. Comme évoqué au début de cette section, une analyse des textes internationaux n'est cependant pas suffisante pour établir l'existence d'une obligation internationale de légiférer. L'identification de ces obligations devra donc passer, dans un deuxième temps, par un examen des dispositions pertinentes de droit interne. Ce point présente les dispositions topiques dans le système juridique suisse.

#### 2.3.2.3.1. Quel niveau de l'État est-il compétent ?

Pour savoir à qui incombe une obligation internationale au sein de l'ordre juridique suisse, la première étape consiste à définir le niveau de l'État (Confédération ou cantons) concerné par le domaine étudié. C'est uniquement après avoir établi l'existence d'une compétence fédérale ou cantonale dans un domaine qu'il sera possible de déterminer quel(s) organe(s) sont compétent(s) pour mettre en œuvre l'obligation concernée. Les règles relatives à la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons sont présentées ci-dessous.

En droit suisse, la Constitution fédérale détermine qui, du niveau fédéral ou des cantons, est compétent pour édicter des règles dans un domaine concret[395]. Le pouvoir constituant fédéral dispose ainsi de « la compétence de la compétence »[396]. La mise en œuvre des règles de droit international adoptées par la Suisse ne fait pas exception à cette règle et suit la répartition ordinaire des compétences prévue par la Constitution[397]. La règle générale en la matière figure à l'art. 3 de la Constitution, selon lequel « les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale ». Selon le texte de cette disposition, la Confédération ne peut exercer que les compétences que la Constitution lui attribue, les cantons étant compétents pour tout le reste[398]. Ainsi, alors que la Confédération dispose

395 BIAGGINI (2017), N 3 ad art. 3 Cst ; MAHON (2014), 125 ; BUSER (2011), 64 ; MALINVERNI et al. (2021), 380.

396 MARTENET (1999), 17 ; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX (2016), 137.

397 BIAGGINI (2017), N 15 ad Art. 54 Cst ; WYTTENBACH (2017), 299 ; CONSEIL FÉDÉRAL (1996), Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, 232 ; MALINVERNI et al. (2021), 486.

398 BIAGGINI (2017), N 5 ad art. 3 Cst ; MAHON (2014), 126 ; BUSER (2011), 64 ; MALINVERNI et al. (2021), 380.

uniquement d'une « compétence d'attribution », les cantons sont au bénéfice d'une « clause générale de compétence » *(« Generalklausel »)*[399]. Ce principe permet une répartition sans lacune des compétences de l'État : soit une compétence figure dans la Constitution et appartient à la Confédération, soit elle n'y figure pas et revient aux cantons[400]. Il existe toutefois également, à côté des compétences expressément attribuées à la Confédération, des compétences implicites qui résultent d'une interprétation de la Constitution[401]. Par ailleurs, contrairement au principe énoncé à l'art. 3 Cst., la Constitution mentionne parfois des compétences cantonales, notamment en vue de définir la manière dont elles doivent être exercées (voir par exemple les art. 62 al. 2, 75 al. 1 ou 78 al. 1)[402]. Ces dispositions ont toutefois uniquement un caractère déclaratoire, étant donné qu'elles n'apportent rien de plus que la règle générale de l'art. 3 Cst.[403].

Malgré l'apparente simplicité du système consacré par l'art. 3 Cst., la réalité est plus complexe lorsqu'il s'agit d'analyser les rapports entre compétences fédérales et compétences cantonales[404]. La doctrine distingue ainsi entre divers types de compétences fédérales. Comme nous le verrons dans le contexte de nos six études de cas, ces différents types de compétences peuvent avoir un impact sur les mécanismes de mise en œuvre qui seront mis en place. Les catégories retenues par la doctrine sont les suivantes :

Les *compétences fédérales exclusives* ont pour effet de supprimer toute compétence cantonale au moment de l'entrée en vigueur de la règle constitutionnelle ; l'adoption d'une loi fédérale dans le domaine concerné n'est pas nécessaire[405]. Ces compétences sont rares en raison du vide juridique qu'elles risquent de créer si la Confédération ne légifère pas au moment de l'entrée en vigueur de la disposition constitutionnelle[406]. L'exemple-type d'une telle compétence est le domaine des douanes (art. 133 Cst.).

Les *compétences fédérales concurrentes* sont attribuées à la Confédération à la condition qu'elle en fasse usage ; les cantons restent ainsi compétents tant que la Confédération n'a pas fait usage de sa compétence[407]. La Confédération a alors la possibilité de « faire le tour du domaine » et d'évincer ainsi

399 BIAGGINI (2017), N 7 ad art. 3 Cst ; MALINVERNI et al. (2021), 380.
400 BIAGGINI (2017), N 7 ad art. 3 Cst ; MALINVERNI et al. (2021), 381.
401 BIAGGINI (2017), N 8 ad art. 3 Cst ; MAHON (2014), 127 ; MALINVERNI et al. (2021), 381.
402 MAHON (2014), 126 ; BIAGGINI (2017), N 10 ad art. 3 Cst ; MALINVERNI et al. (2021), 384.
403 BIAGGINI (2017), N 10 ad art. 3 Cst.
404 MALINVERNI et al. (2021), 393.
405 BIAGGINI (2017), N 11 ad Vorbem. Art. 42 ; MAHON (2014), 128.
406 BIAGGINI (2017), N 11 ad Vorbem. Art. 42.
407 Ibid. ; MAHON (2014), 128.

toute règle cantonale sur la question – tel est par exemple le cas en droit privé et en droit pénal pour les crimes et les délits[408]. Il s'agit du type ordinaire de compétences fédérales[409].

Les *compétences fédérales limitées aux principes* sont une sous-catégorie de compétences concurrentes[410]. La Constitution limite la compétence législative de la Confédération dans un certain domaine en prescrivant l'adoption d'une législation qui ne soit pas exhaustive ; les cantons ont alors la compétence d'adopter une législation de détail, dans le respect du cadre fixé par le droit fédéral[411].

Les *compétences parallèles* sont attribuées à la Confédération, sans empêcher les cantons d'exercer cette même tâche à leur niveau[412]. Dans cette situation, l'attribution d'une compétence à la Confédération n'a pas d'effet sur les compétences cantonales, qui subsistent à titre autonome ; tel est par exemple le cas des compétences en matière fiscale (art. 128 al. Cst.) ou de recherche scientifique (art. 64 al. 1 Cst.)[413].

#### 2.3.2.3.2. Quand le parlement est-il compétent ?

Après avoir établi l'existence d'une obligation de légiférer selon le droit international et défini le niveau de l'État compétent dans le domaine en question, il ne reste plus qu'à déterminer quel(s) organe(s) (exécutif, législatif, judiciaire) doi(ven)t se charger de mettre en œuvre cette obligation. Seules les obligations incombant aux parlements cantonaux pourront être qualifiées d'« obligations internationales de légiférer » au sens où nous l'entendons dans ce travail.

Ce choix de nous focaliser sur le parlement réside dans la volonté de nous concentrer sur l'organe qui confère au droit sa légitimité démocratique. Nous espérons ainsi être en mesure d'observer des mécanismes permettant de « démocratiser », au niveau cantonal, des normes internationales auxquelles on reproche parfois un manque de légitimité. Plusieurs auteurs considèrent en effet que les obligations internationales manquent de légitimité démocratique puisqu'elles ne sont pas issues d'une procédure démocratique légitimant leur autorité politique[414]. En effet, il n'existe pas de parlement international

408 MALINVERNI et al. (2021), 399.

409 BIAGGINI (2017), N 11 ad Vorbem Art. 42 ; MAHON (2014), 128.

410 MAHON (2014), 128.

411 Ibid. ; MALINVERNI et al. (2021), 397.

412 MAHON (2014), 129 ; MALINVERNI et al. (2021), 398.

413 MAHON (2014), 129 ; MALINVERNI et al. (2021), 398.

414 En ce sens voir notamment WHEATLEY (2011), 540 ; ALVAREZ (2007), 161. Dans le même sens, ISABELLE LEY remarque que le droit international manque d' « opposition institutionnalisée » (LEY (2015), 718.). ANNE PETERS relève à cet égard que « [t]he democratic

représentant proportionnellement la population mondiale et qui permettrait d'adopter démocratiquement des lois internationales[415]. Au contraire, le droit international est élaboré principalement dans un cadre intergouvernemental, par le biais de négociations menées par les représentants des gouvernements[416]. Selon ISABELLE LEY, ce modèle est problématique compte tenu de l'évolution du droit international, qui traite de plus en plus fréquemment de domaines qui relevaient originairement du droit interne[417]. Le droit international peut avantager certains individus ou groupes d'individus et en désavantager d'autres. En droit interne, les intérêts de ces divers groupes d'individus[418] sont représentés au sein des parlements (nationaux ou infranationaux) par le biais de l'opposition politique, ce qui permet une contestation régulière et légitime des questions de société[419]. Bien que le droit international ait mis en place certaines procédures visant à créer une telle opposition, elles sont (encore) imparfaites, avec pour conséquence un déficit démocratique dans le processus de création du droit international[420]. Cette absence de contestation lors de la création du droit international est critiquée par plusieurs auteurs, qui estiment que l'opposition, respectivement les délibérations politiques sont primordiales pour assurer la légitimité démocratique du droit[421]. ISABELLE LEY souligne à cet égard l'importance des parlements, qui permettent de débattre des questions socialement et politiquement contestées entre différents partis représentant une pluralité d'opinions[422]. Pour pallier l'absence de parlement mondial et de manière plus générale les possibilités lacunaires d'opposition dans le processus de création du droit international, diverses solutions ont été mises en place[423]. Il s'agit notamment de la création de parlements régionaux (par exemple l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe), d'interactions entre organisations internationales poursuivant des objectifs

deficit of international law [...] is crucial because it delegitimizes international law and offers a reason for states not to apply and observe international law ». (PETERS (2009b), 263.)

415 WHEATLEY (2011), 543 ; WHEATLEY (2010), 23 ; ALVAREZ (2007), 160 ; LEY (2015), 728 ; MARTENET (2016), 241 ; SIMMONS (2009), 114.

416 LEY (2015), 718 ; BESSON (2011), 385.

417 LEY (2015), 718. Voir également BESSON, qui estime que l'internationalisation de la démocratie moderne devrait aller de pair avec la démocratisation du droit international (BESSON (2011), 383). À ce sujet, voir également : CR Cst.-SCHMID (2021), N 5 ad art. 166 Cst.

418 En réalité il s'agit uniquement de ceux qui ont le droit de vote.

419 LEY (2015), 719.

420 Ibid, 720.

421 Ibid. ; WHEATLEY (2011), 535 ; ALVAREZ (2007), 160.

422 LEY (2015), 722.

423 Ibid, 741.

contradictoires et d'une « parlementarisation » toujours plus grande des relations internationales[424]. EVELYNE SCHMID note à cet égard qu'au niveau mondial, « beaucoup de systèmes constitutionnels ont augmenté les possibilités des parlements nationaux de participer à des décisions de politique extérieure »[425]. Le processus d'élaboration des traités n'est ainsi plus l'apanage exclusif de l'exécutif ; au contraire une participation parlementaire de plus en plus forte peut être observée[426]. Selon la doctrine, les possibilités de politisation (ou de légitimation) du droit international sont toutefois encore limitées, notamment pour des raisons pratiques[427]. En outre, ces réformes internes ne permettront pas de résoudre les problèmes structurels inhérents aux organisations internationales, qui sont critiquées pour n'être ni transparentes ni organisées de manière démocratique[428]. La participation des parlements nationaux au processus d'élaboration du droit international est aussi limitée par le fait que de nombreux traités internationaux sont généraux et dynamiques[429]. Ainsi, même si les parlements sont associés au processus d'élaboration de ces traités, ils ne participent ensuite pas à leur interprétation ou à l'élaboration des normes de droit dérivé[430]. Les considérations qui précèdent montrent que malgré les diverses possibilités de participation des parlements nationaux (et subnationaux) aux processus d'élaboration des traités internationaux, un déficit démocratique subsiste. Pour rendre une certaine légitimité démocratique au droit international, le travail législatif de mise en œuvre effectué (notamment) par les parlements cantonaux est dès lors d'une grande importance[431]. Il permet aux parlementaires de s'approprier le droit international en discutant et débattant des mesures et des politiques nécessaires à leur mise en œuvre[432]. Dans le domaine des droits humains, plusieurs auteurs

424 Ibid, 730 s. ; PETRIG (2021), 191.

425 CR Cst.-SCHMID (2021), N 7 ad art. 166 Cst.

426 PETRIG (2021), 191.

427 LEY (2015), 742. Ce constat a également été observé par les chercheuses et chercheurs du projet FNS 182148 dans le cadre duquel s'inscrit la présente thèse. Dans un article destiné à publication, EVELYNE SCHMID et MARTINO MAGGETTI constatent en ce sens que « attempts to legitimize international norm production have been criticized as insufficient at best ».

428 PETERS (2009b), 291s.

429 Ibid, 293.

430 Ibid. Au sujet de la nécessité d'augmenter la participation démocratique lors de l'adoption de droit dérivé : PETRIG (2015).

431 En ce sens voir HUNT (2015), 14. Selon cet auteur les parlements nationaux sont « the institutions best placed to confer democratic legitimacy » aux obligations en matière de droits humains.

432 Ibid, 12.

reconnaissent ainsi la fonction essentielle des parlements nationaux pour assurer la légitimité des obligations internationales[433].

Pour permettre cette réappropriation du droit international par les parlements (au niveau fédéral et cantonal), tant la volonté politique que les capacités institutionnelles des parlementaires sont déterminantes[434]. Au sein de l'ordre juridique suisse, les parlements cantonaux ne disposent toutefois que rarement de telles capacités. En pratique, le pouvoir exécutif joue dès lors un rôle central dans le processus législatif, grâce à son droit d'initiative[435] et à ses ressources personnelles et institutionnelles. Au sein des cantons suisses, la législation repose d'ailleurs essentiellement sur des initiatives de l'exécutif[436]. À cet égard, une partie de la doctrine déplore d'ailleurs « un certain effacement du parlement »[437] par rapport aux autres acteurs de la procédure législative. Poussée à l'extrême, cette tendance comporte le risque que les parlements deviennent de simples exécutants ou chambres d'enregistrement dont le travail se réduirait à « copier-coller » des lois élaborées par l'exécutif[438]. Selon VINCENT MARTENET, « [c]ette dérive ne semble pas se produire en Suisse, notamment parce que les parlementaires influent véritablement sur la procédure législative »[439]. Ce constat est correct au niveau fédéral. ADRIAN VATTER mentionne plusieurs études empiriques démontrant que l'autorité législative fédérale joue un rôle actif en Suisse[440]. La situation des parlementaires cantonaux n'est toutefois pas comparable. En général, ils ont une position relativement faible par rapport aux autres acteurs politiques[441]. Naturellement, des variations plus ou moins importantes peuvent être observées selon les cantons[442]. Dans ces conditions, notre choix de nous concentrer sur les parlements peut être questionné. Comme développé ci-dessus, il se justifie par une

433 DONALD/LEACH (2016), 1 ; HUNT (2015), 7. L'Assemblée générale de l'ONU a également reconnu dans sa Déclaration sur l'état de droit au niveau national et international le « rôle essentiel qui revient aux parlements en matière d'état de droit ». (ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DE L'ONU (2012), Déclaration de la réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international (A/RES/67/1), para. 34.)

434 DONALD/LEACH (2016), 2.

435 BUSER (2011), 189.

436 Ibid, 189 s.

437 MARTENET (2020), 1012.

438 BOLLEYER (2010), 412 ; MARTENET (2020), 1012.

439 MARTENET (2020), 1012.

440 VATTER (2020), 290.

441 En effet, comme nous le verrons dans la présente thèse la marge de manœuvre des parlements cantonaux est parfois très limitée, notamment lorsqu'ils doivent approuver des conventions intercantonales négociées par leurs exécutifs.

442 VATTER (2020), 281ss.

volonté d'étudier les organes qui permettent de rendre une certaine légitimité aux obligations internationales étudiées. En pratique, il est toutefois évident que nous serons amenée à observer l'ensemble des acteurs du processus législatif cantonal, y compris et en particulier le pouvoir exécutif cantonal.

Pour identifier les obligations qui incombent au parlement, il est nécessaire de distinguer les lois au sens formel des lois au sens matériel[443]. Le parlement est « l'organe compétent pour adopter, modifier ou abroger les lois formelles »[444]. Une loi au sens formel peut être définie comme « tout acte que l'autorité législative a adopté selon la procédure législative ordinaire »[445]. En droit fédéral, la loi au sens formel comporte toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit (art. 163 al. 1 et 164 al. 1 Cst.) et doit être soumise au référendum facultatif (art. 141 let. a Cst.)[446]. Seule l'Assemblée fédérale et le peuple peuvent adopter de telles lois[447]. En droit cantonal, il n'existe pas de définition générale de la loi au sens formel, mais comme en droit fédéral, elle comprend généralement les règles de droit importantes[448]. Plusieurs cantons définissent d'ailleurs le contenu de la loi formelle en fonction de l'importance de la matière à régler[449]. Les lois formelles cantonales sont de la compétence du parlement et du peuple (lorsque la constitution cantonale le prévoit)[450]. Elles peuvent être soumises au référendum facultatif ou obligatoire ou, si une constitution cantonale le prévoit, être adoptées par le parlement seul[451]. C'est donc la procédure relative à l'adoption d'une loi formelle qui la distingue d'autres actes étatiques[452]. La loi au sens matériel englobe un cercle plus large de règles : il s'agit de toutes les règles générales et abstraites, quelle que soit l'autorité dont elles émanent et quelle que soit leur place dans la hiérarchie des normes[453]. Contrairement aux lois au sens formel, elles ne sont pas « importantes » au sens de l'art. 164 Cst. et peuvent donc revêtir d'autres formes (ordonnance, arrêté, etc.)[454]. Pour identifier les obligations qui incombent à

443 MALINVERNI et al. (2021), 560.

444 Ibid, 562.

445 Ibid, 560.

446 MAHON (2014), 282 ; GONIN (2021), 1127 ; CR Cst.-DUBEY (2021), N 11 ad art. 164.

447 MALINVERNI et al. (2021), 562.

448 Ibid, 647.

449 Ibid. ; JEANNERAT (2018), 308.

450 BUSER (2011), 177s ; JEANNERAT (2018), 315. Ce dernier auteur précise à cet égard que toutes les constitutions cantonales prévoient aujourd'hui le référendum législatif obligatoire ou facultatif.

451 BUSER (2011), 178 ; MALINVERNI et al. (2021), 647.

452 MALINVERNI et al. (2021), 560.

453 Ibid, 561.

454 CR Cst.-DUBEY (2021), N 21 ad art. 164 ; GONIN (2021), 1135.

l'autorité législative au sens de la présente thèse, il convient donc de se concentrer uniquement sur les tâches dévolues au parlement, qui peuvent varier selon les cantons. Compte tenu de l'autonomie organisationnelle[455] des cantons, le parlement d'un canton peut être compétent pour la mise en œuvre d'une obligation internationale dans un domaine donné alors que, dans un autre canton, le pouvoir exécutif détiendra cette prérogative. Cette autonomie est toutefois limitée par le principe de la « réserve générale de la loi au sens formel »[456]. Selon ce principe, les actions importantes de l'État requièrent une base légale au sens formel[457]. Cette exigence tire sa justification du « principe démocratique », qui confère aux actes étatiques leur légitimité[458]. Elle est applicable également au niveau cantonal[459]. Le principe de la réserve de la loi formelle est d'une grande importance puisqu'il permet d'assurer que les « grands arbitrages de valeurs et d'intérêts et les grands choix de politique et de technique juridiques »[460] soient adoptés par l'autorité législative, garantissant au mieux la représentativité et la participation politiques[461].

Maintenant que nous avons présenté les obligations internationales de légiférer et décrit la manière de les identifier – en tenant compte aussi bien du texte des traités que des dispositions pertinentes de droit suisse – la section suivante se concentre sur la notion de mécanismes de mise en œuvre.

## 2.4. Les mécanismes internes de mise en œuvre[462]

Cette sous-section présente, d'un point de vue théorique, la notion de mécanisme interne de mise en œuvre du droit international par les autorités législatives des cantons suisses. Nous commençons par définir ce concept (point 2.4.1) avant de proposer une manière de catégoriser ces divers mécanismes (point 2.4.2). Nous complétons ensuite notre analyse en présentant les autres influences susceptibles de modifier le comportement des acteurs de la mise en œuvre (point 2.4.3).

455 À ce sujet voir notamment MARTENET (1999), 48 ; BUSER (2011), 164.

456 CR Cst.-DUBEY (2021), N 10 ad art. 164.

457 MARTENET (1999), 291 ; MALINVERNI et al. (2021), 683 ; JEANNERAT (2018), 308 ; CR Cst.-DUBEY (2021), N 10 ad art. 164.

458 MALINVERNI et al. (2021), 683.

459 JEANNERAT (2018), 308.

460 CR Cst.-DUBEY (2021), N 11 ad art. 164.

461 CR Cst.-DUBEY, N 11 ad art. 164 ; JEANNERAT (2018), 309 ; BSK BV-WYTTENBACH/WYSS (2015), N 9 ad art. 164.

462 Certains éléments contenus dans cette sous-section ont déjà été publiés dans la Swiss Review of International and European Law (SRIEL Vol. 31 N. 4) : KAEMPFER (2021).

### 2.4.1. Définition des « mécanismes internes de mise en œuvre »

Selon l'Oxford English Dictionary, un mécanisme est défini de la manière suivante : « the structure or operation of a machine or other complex system; a theory or approach relating to this »[463]. Le dictionnaire français Le Petit Robert, quant à lui, définit le mécanisme comme un « mode de fonctionnement de ce que l'on assimile à une machine »[464]. Selon ces définitions, un mécanisme est donc ce qui fait fonctionner une « machine » ou un « système ». En philosophie, la notion de mécanisme renvoie à la théorie selon laquelle tout, dans le monde physique, s'explique par des mouvements matériels[465]. Cette compréhension philosophique de la notion repose ainsi sur l'idée d'un mouvement qui incite au changement[466]. Comme nous l'avons vu au chapitre précédent, dans le domaine des sciences politiques, les mécanismes s'inscrivent souvent dans un rapport de causalité[467]. Dans le domaine du droit, le terme « mécanisme » est utilisé pour décrire un grand nombre de processus. La doctrine juridique qualifie ainsi de « mécanisme » : la procédure de recours devant la Cour européenne des droits de l'homme[468], le système de rapports périodiques des Nations Unies[469], les moyens par lesquels les parlements des États membres du Conseil de l'Europe mettent en œuvre la CEDH[470], le contrôle par une autorité interne de surveillance[471], divers processus et institutions de surveillance issus des accords multilatéraux de protection de l'environnement[472] ou encore la procédure d'évaluation de la mise en œuvre de l'acquis de Schengen par les États membres[473].

Ces divers exemples et définitions ont en commun l'idée de provoquer quelque chose (un changement, un résultat, une décision, le fonctionnement d'une machine, etc.). Nous pouvons donc retenir que d'une manière générale,

463 OXFORD ENGLISH DICTIONARY (2020), mechanism.

464 ROBERT/REY-DEBOVE/REY (2016), 1558.

465 MACINTOSH, Mechanism, in modern philosophy.

466 BEAUDE, Mécanisme, philosophie.

467 GERRING (2010), 1500. Voir point 1.2.1.

468 MALINVERNI (2014), 397.

469 DORMENVAL (1991), para. 1.

470 ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE (2016), Le rôle des parlements dans la mise en œuvre des normes de la CEDH : vue d'ensemble des structures et des mécanismes existants, para. 1.

471 Par exemple le Préposé fédéral à la protection des données. À ce sujet : COSSALI SAUVAIN (2015), 126 ; WALTER (2015), 116.

472 VOINOV KOHLER (2006), 4.

473 PASCOUAU (2012), The Schengen evaluation mechanism and the legal basis problem : breaking the deadlock, 1.

les mécanismes impliquent une action visant à produire un effet. Il ne s'agit pas de simples éléments factuels qui conduisent par hasard à un événement donné. Au contraire, les mécanismes sont destinés à produire un événement ou un résultat déterminé. Au sens de la présente thèse, ils sont définis de la manière suivante : *les structures, instruments, outils, techniques ou méthodes internes employées par des acteurs institutionnels, qui ont pour objectif, explicite ou implicite, d'encourager les autorités législatives des cantons suisses à mettre en œuvre leurs obligations internationales de légiférer.* Les divers éléments de cette définition sont détaillés ci-dessous.

*Les structures, instruments, outils, techniques ou méthodes internes* – Les mesures pouvant être qualifiées de mécanismes internes de mise en œuvre doivent, en premier lieu, être internes. Comme nous l'avons déjà énoncé en introduction, les mécanismes internationaux sont donc exclus de la présente recherche[474]. Quant au type de mesures concernées, les termes « structures, instruments, outils, techniques et méthodes » sont issus de la recherche empirique effectuée dans la présente thèse (chapitres 3 à 8). Il ne s'agit pas d'une liste exhaustive, mais plutôt de concepts vastes et génériques permettant de regrouper les diverses mesures observées (rapports, structures, guides, bonnes pratiques, suivi, soutien académique, subventions, modèles, loi-cadre, etc.).

*Les acteurs institutionnels* – Pour qu'une mesure puisse être qualifiée de mécanisme selon notre définition, il faut qu'elle émane d'un « acteur institutionnel ». Que faut-il entendre par là ? En sociologie politique, « le terme ‹ acteur › suggère l'idée d'un engagement délibéré, conscient et plus ou moins rationnel, dans la production de l'action publique »[475]. Il existe une très grande diversité d'acteurs : ils peuvent être individuels ou collectifs, publics ou privés, étatiques ou non étatiques, etc.[476]. L'adjectif « institutionnel » se réfère quant à lui aux « institutions politiques », définies de manière large, soit comme « l'ensemble des formes stables qui encadrent la vie politique »[477]. Sur la base de ces précisions, les acteurs institutionnels font référence, dans la présente thèse, à tous les acteurs (publics, privés, individuels ou collectifs) qui agissent dans un certain cadre institutionnalisé de la vie publique. Le cadre en question se réfère aussi bien à des entités organisées (universités, organes de l'État) qu'à l'utilisation d'outils institutionnels par des citoyens (pétitions, initiatives populaires, etc.). Cette définition exclut ainsi les actions qui émanent d'un ou plusieurs citoyens hors de tout cadre institutionnalisé (grève, manifestation,

474 Voir point 1.3.

475 EVRARD/GOURGUES/RIBÉMONT (2019), 30.

476 Ibid, 31.

477 CHEVALLIER (1996).

occupation d'un terrain, etc.). Comme l'objectif de la présente thèse est de définir et mettre en évidence des mécanismes susceptibles d'être répliqués dans d'autres contextes, il nous a paru utile de circonscrire la notion de mécanisme de cette manière.

*La poursuite d'un objectif* – Conformément aux considérations exposées en introduction, notre définition des mécanismes se distancie de l'approche causaliste du *process-tracing*[478]. Malgré l'absence d'une composante causaliste, notre étude permettra néanmoins de mettre en avant certains effets produits par les mécanismes dans des cas précis. Toutefois, l'élément déterminant pour qualifier une mesure de « mécanisme » n'est pas sa capacité à atteindre un résultat, mais plutôt l'objectif poursuivi (en l'occurrence il s'agit d'encourager la mise en œuvre infranationale d'une obligation internationale). Un mécanisme au sens de notre définition cherche donc à augmenter l'engagement des parlementaires cantonaux avec une obligation donnée. Nous tiendrons compte aussi bien des mécanismes dont l'objectif est explicitement celui d'encourager l'action des parlementaires que de ceux dont l'objectif est plus large et vise la mise en œuvre d'une obligation internationale par tous les acteurs concernés.

Grâce à l'élaboration du concept de « mécanisme interne de mise en œuvre » et aux divers exemples pratiques qui seront exposés dans les chapitres suivants, nous contribuerons à démêler le vaste réseau d'influences qui entoure la mise en œuvre des obligations internationales en droit interne. Pour faciliter l'analyse, la section suivante définit quatre catégories distinctes de mécanismes.

### 2.4.2. Les différentes catégories de mécanismes

Conformément à la définition de « mécanisme interne de mise en œuvre » que nous avons développée, tous les mécanismes visent le même objectif : encourager les autorités législatives cantonales à mettre en œuvre leurs obligations internationales. Il s'agit donc de mécanismes d'encouragement, une notion qui doit être comprise de manière large. En effet, la façon d'encourager un acteur à agir peut prendre plusieurs formes. En l'occurrence, les mécanismes observés sont nombreux et variés : recommandations, exemples, incitations financières, substitution, etc. En outre, de nouveaux mécanismes peuvent être créés pour chaque nouvelle obligation internationale. Dans le but de « communiquer plus facilement les connaissances et l'expérience acquises »[479], nous

478 Voir point 1.2.1.

479 CUMYN/GOSSELIN (2016), 332.

proposons de classer ces mécanismes selon différentes catégories. La formation de catégories permet en effet de synthétiser l'information en la réduisant[480], ce qui facilite la compréhension du concept étudié.

Ces catégories nous sont inspirées par la métaphore de la carotte et du bâton. Cette métaphore est largement utilisée par la doctrine, notamment dans le domaine de l'analyse économique du droit[481]. Selon cette théorie, deux solutions existent pour faire avancer un âne qui refuse d'obéir : lui présenter une carotte pour l'inciter à se mouvoir ou lui donner des coups de bâton. Selon cette approche imagée, les encouragements peuvent être générés soit par des promesses de récompenses soit par des menaces de punition[482]. Alors que les récompenses constituent des améliorations de la position de base de la cible par rapport à son niveau d'attente, les punitions représentent des privations ou des dégradations par rapport à cette même position de base[483]. Ces deux catégories ne sont généralement pas suffisantes pour rendre compte des différentes possibilités de motiver des acteurs à agir. Dans la doctrine, elles sont ainsi régulièrement complétées par une troisième catégorie : le tambourin. Cette catégorie désigne, par métaphore, les moyens mis en place pour attirer l'attention de l'âne en « faisant du bruit »[484]. Ils visent à modifier le comportement des destinataires de manière douce. Il peut s'agir de simples informations, d'un dialogue ou de recommandations. Dans la littérature anglophone, le concept de « nudge »[485] est parfois utilisé pour désigner ce type de mécanismes. Nous y reviendrons[486]. Dans le contexte de la présente thèse, ces trois catégories n'étaient toutefois pas suffisantes pour rendre compte de tous les mécanismes qui encouragent la mise en œuvre du droit international dans les cantons suisses. Nous y avons donc ajouté une quatrième catégorie : la poya. Comme celle de l'âne, cette catégorie s'inscrit aussi dans un registre animalier. La poya figure un troupeau de vaches qu'on fait monter à l'alpage, comme un cortège. Elle illustre un mécanisme propre au système fédéraliste, qui fait référence à un certain degré d'intégration normative des législations cantonales pour réaliser la mise en œuvre d'une obligation internationale.

Les quatre catégories proposées permettent de regrouper les différents mécanismes étudiés non pas en fonction de la forme qu'ils prennent (guide,

480 Ibid, 333.

481 Voir par exemple : VAN AAKEN / SIMSEK (2021) ; DARI MATTIACCI / DE GEEST (2017) ; DE GEEST / DARI-MATTIACCI (2013) ; SAND (1999) ; SAND (1996).

482 DARI MATTIACCI/DE GEEST (2017), 439.

483 VAN AAKEN / SIMSEK (2021).

484 TAIPALE (2012) ; AZEVEDO/DELARUE/MEEUS (2013).

485 Littéralement : « encouragement » ou « coup de pouce ».

486 Point 9.2.3 ci-dessous.

jugement, ordonnance, etc.), des acteurs dont ils émanent (autorités étatiques, société civile, etc.) ou de leur résultat, mais selon la manière dont ils influencent les activités législatives cantonales. Une telle catégorisation vise à répondre à la question de recherche formulée au chapitre 1. Ces quatre catégories représentent des types de mécanismes auxquels les acteurs institutionnels recourent pour encourager les autorités législatives cantonales à s'engager vis-à-vis de leurs obligations internationales. Chacune d'elles est basée sur une métaphore dont la fonction est heuristique[487] et permet d'exposer des idées de manière claire, d'en faciliter la compréhension et de les rendre plus concrètes. Ces quatre catégories sont présentées ci-dessous.

#### 2.4.2.1. Les mécanismes de type carotte

Dans la littérature juridique, les mécanismes de type *carotte* sont associés à l'octroi d'un avantage (par exemple l'octroi d'un tarif douanier plus bas, d'une subvention, d'une assistance technique, d'un soutien institutionnel, etc.) pour encourager le respect ou la mise en œuvre d'une norme juridique. ANNE VAN AAKEN et BETÜL SIMSEK décrivent les mécanismes de type *carotte* (ou les récompenses) comme des « transfers of positively values material or immaterial goods, such as opportunities for and benefits of cooperation, money, technology, or social approval / good reputation »[488]. Dans leur article intitulé « Rewarding in International Law », ces deux auteures mettent en avant les récompenses, comme outil pour renforcer le respect et la mise en œuvre des normes de droit international. Contrairement à notre étude – qui se focalise uniquement sur des mécanismes internes – les mécanismes analysés par VAN AAKEN et SIMSEK se situent au niveau international (réciprocité positive, potentielle réadmission après exclusion, bonne réputation)[489]. L'analyse psychologique des effets induits par de tels mécanismes n'en demeure pas moins pertinente dans le cadre de la présente thèse puisqu'elle offre des explications relatives à leur fonctionnement. Selon VAN AAKEN et SIMSEK, les récompenses donnent de l'importance aux acteurs qui respectent leurs obligations ; de cette manière, elles encouragent l'action des acteurs hésitants[490]. En outre, elles encouragent la coopération et la communication entre les entités concernées à l'avenir[491]. Selon les auteures de l'article, il existe donc de bonnes raisons de mettre en place des mécanismes de ce type. Elles indiquent toutefois un

487 ROSSI (2016), 89.
488 VAN AAKEN / SIMSEK (2021), 196.
489 Ibid, 205.
490 Ibid, 233.
491 Ibid, 234.

certain nombre de conditions qui sont nécessaires pour assurer le succès de ce type de mécanismes. Il faut notamment que la récompense soit perçue comme telle par son destinataire, qu'elle soit claire et précise et qu'elle soit crédible[492]. Il apparaît ainsi que les mécanismes de type *carotte* peuvent être utiles pour encourager des États, ou des cantons, à mettre en œuvre leurs obligations. Sans utiliser le terme *carotte*, d'autres auteures notent aussi l'importance de ce type de mécanismes (subsides, paiements conditionnés à l'application de normes internationales) pour la mise en œuvre du droit international, en particulier dans un État fédéral[493]. Au cours des études de cas menées dans la présente thèse, nous verrons toutefois qu'il s'agit d'un mécanisme assez peu utilisé[494].

#### 2.4.2.2. Les mécanismes de type bâton

Les mécanismes de type *bâton* se fondent sur la peur d'une sanction. Ils menacent de punir les protagonistes visés s'ils n'agissent pas d'une certaine manière. Pour qu'un mécanisme soit punitif, il doit constituer une privation de valeur (formelle ou informelle) ou une dégradation de nature à modifier le comportement de la cible[495]. Il peut s'agir de pertes économiques, d'une perte de réputation ou de la perte de toute autre valeur. Pour déterminer ce qui peut constituer une privation de valeur, il faut définir la position de base de la cible et déterminer quelles sont ses attentes pour le futur[496]. Selon VAN AAKEN et SIMSEK, les menaces de punitions engendrent des émotions négatives comme la peur, l'anxiété ou la colère et peuvent dès lors conduire à un comportement non-conforme au droit[497]. Il peut également arriver qu'une menace soit contre-productive lorsque les acteurs concernés ont peur de « perdre la face »[498].

Dans le cadre de la présente thèse, les seuls mécanismes punitifs que nous avons identifiés sont ceux qui menacent les compétences des autorités législatives cantonales (substitution par l'exécutif cantonal)[499]. En effet, la position de base des parlements cantonaux est la suivante : en leur qualité d'organe législatif cantonal, ils ont la prérogative d'adopter des lois dans les

492 Ibid, 238.
493 WYTTENBACH (2018), 66 ; BELSER/EGLI (2022).
494 Voir point 9.2.1.
495 VAN AAKEN / SIMSEK (2021), 203 ; BOTHE (2010), N. 104.
496 VAN AAKEN / SIMSEK (2021), 204.
497 Ibid, 231.
498 Ibid, 232.
499 Voir points 3.2.5 et 8.2.5.

domaines qui leur incombent selon la répartition constitutionnelle des compétences. Or, aussi bien l'autonomie cantonale que la compétence de légiférer sont généralement valorisées par les parlements cantonaux. Ainsi, l'adoption d'un acte de substitution par le pouvoir exécutif prive les autorités législatives de leur droit d'amender les projets gouvernementaux, un droit qui est pourtant l'une de leurs « prérogative[s] fondamentale[s] »[500]. Dans ces conditions, le fait de retirer des compétences aux autorités législatives cantonales au profit de l'exécutif cantonal engendre, pour ces dernières, une perte de valeur[501]. Le mécanisme punitif réside donc dans la menace d'une telle perte.

L'utilisation de ce type de mécanismes est plutôt rare dans l'ordre juridique suisse[502]. En effet, comme le relève EVELYNE SCHMID au sujet de la substitution verticale de l'autorité législative infranationale par le niveau fédéral, un tel mécanisme réduit considérablement, voire éradique, l'autonomie du législateur de niveau inférieur et constitue une forme sévère d'ingérence dans ses domaines de compétence[503]. Elle annule simplement toute forme de débat parlementaire dans le domaine concerné. C'est pourquoi ces mécanismes devraient intervenir uniquement en *ultima ratio*, lorsqu'une autorité législative cantonale se montre réticente face à son obligation de mettre en œuvre le droit international.

#### 2.4.2.3. Les mécanismes de type tambourin

Le terme de tambourin est emprunté à une littérature qui s'est développée dans le domaine du développement durable, pour qualifier les mécanismes destinés à attirer l'attention des acteurs politiques en « faisant du bruit ». Nous n'avons pas retrouvé l'origine exacte de cette expression, mais il semblerait qu'elle ait commencé à être utilisée par différents auteurs à la fin des années 2000. Ainsi, dans un rapport du comité d'audit environnemental de la House of Commons, publié en 2008, il est fait référence à plusieurs reprises aux « tambourins », comme instruments destinés à attirer l'attention, à faire du bruit[504]. En 2012, KAARIN TAIPALE, experte finlandaise en développement durable utilise la notion en lien avec la construction de bâtiments durables : pour elle, « [n]oisy tambourines are awareness-raising tools to draw attention to the

500 L'expression est empruntée à VINCENT MARTENET : MARTENET (2016), 71.

501 Dans le cas de la libre circulation des avocats et des avocates, nous avons par exemple pu observer que l'adoption d'une ordonnance par plusieurs exécutifs cantonaux avait conduits les parlements des cantons concernés à légiférer dans le domaine en question (voir point 3.2.5).

502 Voir point 9.2.2.

503 SCHMID (2019), 53.

504 HOUSE OF COMMONS (2008), 49 et 52.

necessity of sustainable building and to inform people about the best traditional and contemporary solutions. Everyone involved in the long process from making bricks to refurbishing existing neighborhoods needs guidance »[505]. Pour cette auteure, les mécanismes de type *tambourin* regroupent notamment des mesures comme des sites internet, des campagnes publicitaires, des newsletters et des événements publics[506]. Environ à la même période, CHRISTIANE EGGER, directrice du *OÖ Energiesparverband* (le service de l'énergie de la région de Haute-Autriche) utilise le concept de *tambourin* pour décrire la stratégie énergétique durable de la Haute-Autriche, et en particulier le recours à des mesures d'information, de conseil et de formation[507]. Enfin, cette expression a été utilisée en 2013 par trois chercheurs issus du domaine de l'énergie. Dans leur article « Mobilizing cities towards a low-carbon future : Tambourines, carrots and sticks », ces auteurs présentent les différents types d'encouragement susceptibles d'inciter les villes européennes à agir pour réduire leur empreinte carbone. Ils les regroupent en trois catégories : les bâtons, les carottes et les tambourins. Ils définissent les mécanismes de type *tambourin* de la manière suivante : « The policy mechanisms named as tambourines are 'soft' mechanisms, whose main objective is to raise awareness among stakeholders (including city authorities) on what is expected from them and how they can achieve it »[508]. Selon eux, ces mécanismes peuvent prendre la forme de campagnes d'information, de programmes éducatifs, de workshops et de toute autre initiative qui favorise la promotion de bonnes pratiques et le networking[509].

Ces divers exemples et définitions font aussi penser à la notion de « nudge »[510]. Ce concept issu de l'économie comportementale est régulièrement cité dans des publications juridiques récentes comme alternative ou comme complément à des mécanismes de mise en œuvre plus contraignants ou plus coûteux[511]. Il vise à résoudre les problèmes de réglementation grâce à une approche fondée sur le comportement, tout en préservant le choix des destinataires[512]. Développée par CASS R. SUNSTEIN et RICHART H. THALER dans leur ouvrage « Nudge : Improving Decisions about Health, Wealth and

505 TAIPALE (2012), 131.

506 Ibid.

507 EGGER ET AL. (non daté), 14.

508 AZEVEDO/DELARUE/MEEUS (2013), 895.

509 Ibid.

510 Littéralement : « encouragement » ou « coup de pouce ».

511 Voir par exemple : SIBONY/ALEMANNO (2015), 2 ; TEICHMAN/ZAMIR (2019), 1263ss ; MATHIS/TOR (2016).

512 TEICHMAN/ZAMIR (2019), 1265 ; SIBONY/ALEMANNO (2015), 2s.

Happiness »[513], la théorie du nudge fait référence aux éléments qui vont modifier le comportement des gens d'une manière prévisible, sans rien leur interdire et sans modifier leurs motivations économiques[514]. Les « nudges » ne sont pas des obligations. Ils consistent plutôt à mettre l'évidence directement sous les yeux des personnes concernées, et non à leur interdire une option[515]. Le Conseil fédéral a récemment eu l'occasion de s'intéresser à ce concept dans le cadre d'une interpellation parlementaire, à laquelle il a répondu que dans certains cas, les nudges pouvaient « contribuer à la réalisation d'objectifs réglementaires à un coût économique proportionnellement bas. Ils s'ajoutent à la palette des instruments de réglementation disponibles. Il est notamment possible d'y recourir pour éviter des réglementations impliquant une intervention plus lourde, comme les interdictions ou les obligations »[516].

Sur la base des divers exemples et définitions évoqués ci-dessus, les mécanismes de type *tambourin* tels qu'ils doivent être compris dans la présente thèse sont bien moins incisifs que les mécanismes de type *carotte* ou *bâton*. Ils se rapprochent du concept de « nudge » dans la mesure où ils visent à amener les autorités cantonales à modifier leur comportement uniquement sur la base d'informations fournies ou de conseils. Ils peuvent être définis de la manière suivante : des mesures informelles, revêtant des formes diverses, dont le but est la diffusion d'informations, de conseils et de bonnes pratiques auprès des acteurs de la mise en œuvre. Comme nous le verrons dans les chapitres suivants, les mécanismes de type *tambourin* sont fréquemment utilisés pour encourager l'action des autorités législatives cantonales.

#### 2.4.2.4. Les mécanismes de type poya

Dans le langage commun, le terme de poya fait référence, en Suisse, à la montée à l'alpage. Ce terme se réfère également à un type de graphisme, dans diverses techniques, représentant la montée des troupeaux à l'alpage. On y voit généralement un chemin sur lequel défilent, les unes derrière les autres, les vaches d'un troupeau, encadrées et guidées par des vachers. Nous avons choisi d'utiliser cette image dans le contexte de la présente thèse pour illustrer l'idée d'une mise en commun, ou d'un ralliement. La poya implique par ailleurs un mouvement, qui permet de créer une synergie et ainsi d'encourager les membres du troupeau à avancer ensemble sur un même chemin ou dans une même direction. Dans le cadre de la mise en œuvre infranationale du droit

513 THALER/SUNSTEIN (2008), 1ss.

514 Ibid, 6.

515 Ibid.

516 CONSEIL FÉDÉRAL (2020), Avis du 11.11.2020 sur l'interpellation 20.4158 du 24.09.2020 « Economie comportementale. Manipulation de l'État ».

international, ce type de mécanismes implique l'adoption d'un cadre commun, applicable à tous les membres du groupe – avec un degré de flexibilité plus ou moins grand. Dans l'ordre juridique suisse, ces ralliements ou mises en commun revêtent les deux formes suivantes : l'harmonisation (ou coopération/ coordination) et l'uniformisation (ou centralisation). L'harmonisation implique un degré moins élevé d'intégration normative que l'uniformisation[517]. Alors que l'uniformisation vise à transférer des compétences cantonales à l'État fédéral, l'harmonisation vise un rapprochement des lois cantonales autour de principes communs[518]. Nous reviendrons plus en détail sur ces notions à la fin de la thèse, après les avoir étudiées en pratique[519]. Contrairement aux mécanismes de type *bâton*, qui interviennent uniquement si un canton ne se conforme pas de lui-même à son obligation, ceux de type *poya* déploient leurs effets au début du processus de mise en œuvre. En créant un cadre pour les cantons, elles n'ont pas pour objectif de les punir, mais de les guider.

La caractéristique principale de ce type de mécanismes est que tous les cantons sont soumis à un cadre commun. Pour reprendre l'image de la poya, les vaches suivent toutes le même chemin – avec des possibilités plus ou moins grandes de faire des détours. Les autorités législatives cantonales ne peuvent donc plus légiférer de manière totalement indépendante dans le domaine concerné. Le cadre commun peut être plus ou moins flexible en fonction du mode d'intégration choisi (harmonisation ou uniformisation). Les acteurs qui mettent en place ce cadre peuvent être représentés par les armaillis qui guident le troupeau à l'alpage. Une fois que le cadre est fixé – ou le chemin tracé – les membres du groupe disposent d'une marge de manœuvre restreinte.

Qu'il s'agisse d'harmonisation ou d'uniformisation, le problème inhérent à ce mécanisme est qu'il est généralement perçu négativement du point de vue du fédéralisme. En effet, en harmonisant, respectivement en uniformisant, la mise en œuvre d'une obligation internationale, il ne laisse pas la possibilité aux cantons de mettre en place des solutions créatives. En outre, ce système ne permet pas de tenir compte des particularités locales au moment de la mise en œuvre. Nous développerons ces considérations à la fin de ce travail[520].

Comme nous le verrons dans les chapitres qui suivent, ce mécanisme intervient très fréquemment dans le cadre de la mise en œuvre des obligations

517 Pour une analyse détaillée de ces notions, voir : MARLÉTAZ (2021), 54ss.

518 Ibid, 55.

519 Voir point 9.2.4 ci-dessous.

520 Voir point 9.2.4.

issues des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE, alors qu'il est quasiment absent pour les obligations issues de la protection des droits humains étudiées dans les cas d'étude de cette thèse. Nous reviendrons également sur ce constat au chapitre 9.

### 2.4.3. L'influence des conditions préexistantes et des événements externes : la « météo »

Ce chapitre ne serait pas complet sans mentionner les autres catégories d'influences qui, sans pouvoir être qualifiées de mécanismes, ont aussi un impact sur l'activité législative des parlements cantonaux. Pour reprendre l'image de l'âne dans son pré, ces influences peuvent être assimilées aux conditions météorologiques. Elles n'ont pas pour objectif de faire avancer l'âne, mais peuvent néanmoins influencer son comportement. Il en va de même pour la mise en œuvre interne du droit international. Elle intervient toujours dans un contexte de conditions préexistantes (structurelles, politiques ou autres)[521]. La présente section vise à identifier quelles sont les conditions qui peuvent influencer le comportement des autorités législatives lorsqu'elles doivent mettre en œuvre des obligations internationales.

Divers politologues se sont intéressés aux facteurs et aux conditions qui influencent le comportement des autorités législatives en général. Sans effectuer une analyse détaillée de cette littérature – qui sortirait du cadre de la présente thèse – nous retiendrons qu'une multitude d'influences peuvent entrer en ligne de compte lors de chaque processus législatif. La doctrine mentionne par exemple des facteurs tels que le type de gouvernement[522], la définition de l'agenda politique[523], l'identité des acteurs impliqués[524], les caractéristiques institutionnelles du parlement[525] ou encore l'existence ou non d'une phase pré-parlementaire[526]. Dans le contexte infranational suisse, des facteurs tels que la couleur politique du parlement, son ouverture au droit international, la taille du canton et le parcours professionnel des parlementaires dans le canton concerné peuvent influencer la mise en œuvre du droit international par les autorités législatives cantonales.

521 En ce sens, au sujet de la mise en œuvre des jugements de la Cour européenne des droits de l'homme : DONALD/SPECK (2020), 7.

522 HALLERBERG (2004), 32.

523 GAVA/JAQUET/SCIARINI (2021), 180.

524 DE WINTER (2004), 53 ; MILET (2020), 447.

525 HALLERBERG (2004), 3.

526 SCIARINI (2011), 197.

Outre ces éléments intrinsèques à un canton donné, la doctrine mentionne également les « événements majeurs »[527], ou les « chocs politiques »[528] comme facteurs propres à influencer le processus législatif. Pour PAUL F. DIEHL et CHARLOTTE KU, il peut s'agir d'événements discrets ou de processus plus importants, qui représentent des « changements dramatiques » dans l'environnement politique international, propres à induire des modifications législatives[529]. Dans une étude consacrée aux processus internes de mise en œuvre des jugements de la Cour européenne des droits de l'homme, ALICE DONALD et ANNE-KATRIN SPECK estiment, en ce sens, que « the [implementation] process may be punctuated by developments unrelated to the ruling itself, which may cause the political 'space' for reform to open and close at different moments and hence create both opportunities and obstacles for pro-implementation actors »[530]. Sur la base des recherches effectuées dans le cadre de la présente thèse, nous avons identifié quelques « événements majeurs » ou « chocs politiques » qui peuvent avoir une influence sur les autorités législatives cantonales. Il peut notamment s'agir d'une manifestation, d'une grève, de l'occupation d'un terrain, d'une catastrophe naturelle, d'élections ou de tout autre événement isolé. En mettant une problématique particulière sur le devant de la scène politique, de tels facteurs peuvent avoir des répercussions importantes sur les autorités législatives concernées. Enfin, en sus des éléments listés ci-dessus, d'autres facteurs, propres aux obligations internationales, peuvent également influencer leur mise en œuvre législative. En particulier, comme nous l'avons vu dans l'introduction, le degré de précision de l'obligation, la sensibilité politique du domaine concerné et l'existence de mécanismes de contrôle internationaux (tribunaux régionaux ou rapports périodiques des Nations Unies) peuvent affecter le processus interne de mise en œuvre législative[531]. Il en va de même de la participation des autorités cantonales (exécutives et législatives) au processus de négociation de nouveaux accords internationaux, qui peut aussi favoriser la mise en œuvre de ces accords[532]. Ces éléments peuvent être illustrés par les conditions météorologiques : ainsi un orage ou une canicule sont des éléments qui pourront modifier le comportement de l'âne et le faire avancer, ou non, dans une certaine direction.

527 MILET (2020), 447.

528 DIEHL/KU (2010), 79.

529 Ibid.

530 DONALD/SPECK (2020), 20.

531 Voir point 1.2.2.

532 WYTTENBACH (2017), 345 ; MAYER (2006), 165 ; THALMANN (2000), 269.

### 2.4.4. Les catégories d'influences en un clin d'œil

Pour conclure cette section, les différentes catégories d'influences étudiées dans le présent chapitre sont résumées ci-dessous sous la forme d'un tableau à double entrée. Les « catégories » regroupent les quatre types de mécanismes décrits dans les paragraphes qui précèdent (carotte, bâton, tambourin et poya) ainsi que la « météo », soit les autres facteurs et conditions politiques et sociales qui peuvent influencer le comportement des parlementaires cantonaux. Les « influences » indiquent comment ces différentes catégories tentent de modifier ledit comportement. Ce schéma a été élaboré sur la base des observations effectuées grâce à nos six études de cas. Il permet de se rendre compte du mode de fonctionnement des différentes catégories de mécanismes étudiées. Dans les chapitres qui suivent, nous rappellerons, pour chaque mécanisme étudié, à quelle catégorie il appartient.

| | **Catégories** | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| **Influences** | Carotte | Bâton | Tambourin | Poya | Météo |
| Punition | | x | | | |
| Incitation | x | | x | | |
| Récompense | x | | | | |
| Information | | | x | | |
| Dialogue | | | x | | |
| Cadre | | | | x | |
| Modèle | x | | x | x | |
| Harmonisation/ Uniformisation | | | | x | |
| Événements majeurs | | | | | x |
| Caractéristiques de l'obligation | | | | | x |

Ce chapitre consacré à l'étude des mécanismes visant à mettre en œuvre les obligations internationales de légiférer des cantons suisses nous a permis de clarifier les concepts de base, sur lesquels se fondent notre problématique. Les chapitres qui suivent (3 à 8) visent à étudier ces concepts en pratique. Les chapitres 3 à 5 analysent trois cas d'étude dans le domaine des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE et les chapitres 6 à 8 sont consacrés aux trois cas d'étude sélectionnés dans le domaine des droits humains. Chaque chapitre sera présenté de la même manière : dans un premier temps, nous établirons l'existence d'une obligation internationale de légiférer dans le domaine concerné. Dans un second temps, nous présenterons les différents mécanismes ayant

été mis en place pour encourager la mise en œuvre de cette obligation par les parlements cantonaux.

Dans le chapitre qui suit, notre première étude de cas analyse la mise en œuvre de l'obligation de réaliser la libre circulation des avocats et des avocates. Comme nous le verrons, dans ce premier cas d'étude, la mise en œuvre a été réalisée essentiellement grâce à un mécanisme d'uniformisation (*poya* au sens de la catégorisation présentée ci-dessus).

# 3. L'uniformisation fédérale pour réaliser la libre circulation des avocats et des avocates

En ratifiant l'accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne (ALCP), la Suisse s'est engagée, entre autres, à garantir la libre circulation des avocats et des avocates entre la Suisse et l'UE. Pour que les avocats et les avocates suisses puissent effectivement s'établir ou offrir leurs services sur le territoire de l'UE et inversement, la Suisse a dû modifier sa législation interne. L'existence d'une obligation internationale de légiférer dans ce domaine sera détaillée au point 3.1.

Alors que les règles relatives à la profession étaient régies par 26 législations cantonales différentes avant l'entrée en vigueur de l'ALCP, sa mise en œuvre a été réalisée principalement par l'adoption d'une loi fédérale[533] d'uniformisation[534], soit un mécanisme qui peut être qualifié de *poya* selon la catégorisation exposée au chapitre précédent. Comme la loi fédérale ne régit pas la matière de manière exhaustive, les cantons disposent d'une compétence résiduelle de mise en œuvre. Comme nous le verrons, la Confédération a dès lors mis en place des mécanismes complémentaires (de type *tambourin*) pour s'assurer que les cantons adoptent les règles nécessaires à la bonne application de la loi fédérale. Ces différents mécanismes sont détaillés au point 3.2.

## 3.1. L'obligation internationale de légiférer

### 3.1.1. Les sources internationales de l'obligation

L'accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne (ALCP), conclu le 21 juin 1999, est entré en vigueur le 1er juin 2002 avec les six autres accords bilatéraux I conclus entre la Suisse et l'Union européenne.

533 La loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (LLCA, RS 935.61).

534 Par uniformisation, nous entendons l'utilisation, par la Confédération, d'une compétence dont elle n'avait pas encore fait usage alors que la centralisation fait référence à la création d'une nouvelle compétence fédérale dans la Constitution (en ce sens, voir WYTTENBACH (2017), 235 ; MERKT/CHAPPUIS (2017), 294.).

Il a pour but d'introduire par étapes successives la libre circulation des citoyennes et citoyens suisses et des pays de l'UE en Suisse et au sein de l'UE[535]. Cet objectif implique notamment la reconnaissance mutuelle des diplômes entre les parties contractantes. Les règles relatives à cette reconnaissance figurent à l'annexe III de l'ALCP. À la section A de cette annexe figure une liste des actes juridiques et communications de l'Union européenne que les parties ont choisi d'appliquer entre elles. Trois de ces actes ont trait à la libre circulation des avocats et des avocates entre les parties contractantes. La directive 77/249/CEE (« directive prestation de services ») vise à faciliter l'exercice ponctuel des activités d'avocat et d'avocate dans un autre État membre. La directive 98/5/CE (« directive établissement ») vise à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat et d'avocate dans un autre État membre, sous son titre professionnel d'origine. Enfin, la directive 2005/36[536] (qui remplace la directive 89/48/CEE et qui a été reprise par la Suisse) porte sur la reconnaissance des qualifications professionnelles et permet l'« égalité »[537] des avocats et des avocates provenant d'un État membre avec les avocats et les avocates d'un autre État membre.

Selon l'art. 9 ALCP, les parties contractantes « prennent les mesures nécessaires, conformément à l'annexe III, concernant la reconnaissance mutuelle des diplômes [...] ». Le paragraphe 1 de l'article unique de l'annexe III précise que, dans le domaine de la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles, les parties contractantes appliquent entre elles les actes juridiques de l'UE mentionnés à la section A de l'annexe III. Comme l'ALCP est un accord entre États, ces dispositions doivent être interprétées selon les principes qui figurent aux art. 31 et suivants de la Convention de Vienne sur le droit des traités[538]. Les dispositions susmentionnées doivent donc être interprétées suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité, dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité[539]. Une interprétation littérale ne

535 CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, 5619.

536 La nouvelle directive 2013/55 de l'Union européenne, adoptée le 20 novembre 2013, modifie en partie la directive 2005/36. Cette directive ne s'applique toutefois pas dans les relations entre la Suisse et les pays de l'UE dans la mesure où elle n'a pas encore été reprise par la Suisse. L'ALCP étant un accord « statique », les nouveaux actes législatifs de l'UE ne lient les parties qu'une fois qu'ils ont été intégrés à l'annexe III de l'ALCP à la suite d'une décision du Comité mixte.

537 EHLE/SECKLER (2005), 270.

538 Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (CVT, RS 0.111). Cette convention peut être utilisée pour interpréter l'ALCP puisqu'il s'agit d'un traité conclu entre la Suisse et l'Union européenne, mais aussi avec tous les États membres de l'UE.

539 À ce sujet, voir point 2.3.2.1.

permet pas de déduire de ces dispositions une obligation spécifique de légiférer. En effet, le terme « mesures nécessaires » peut englober aussi bien des mesures législatives, qu'exécutives ou autres. Le préambule du traité permet d'éclaircir la situation. Il précise en effet que le but du traité est de réaliser la libre circulation des personnes sur la base du droit en vigueur dans l'Union européenne et de « garantir un parallélisme entre la situation juridique au sein de l'UE d'une part et entre l'UE et la Suisse d'autre part »[540]. Il apparaît ainsi que l'accord est régi par le principe de l'équivalence des législations entre la Suisse et l'UE, établi à l'art. 16 al. 1 de l'accord[541]. Selon ce principe, la Suisse doit appliquer des droits et obligations équivalents à ceux contenus dans les actes juridiques de l'UE auquel l'accord fait référence[542]. Cela signifie qu'elle a l'obligation de prendre des mesures pour adapter son droit interne aux actes de l'UE référencés par l'accord. Dans le domaine de la libre circulation des avocats et des avocates, la Suisse a donc l'obligation d'adapter son droit interne au contenu des directives 77/249/CEE, 98/5/CE et 2005/36[543]. Comme nous le verrons dans la section suivante, dans l'ordre constitutionnel suisse, la mise en œuvre de cette obligation incombe aussi bien à l'autorité législative fédérale que cantonale.

### 3.1.2. Les débiteurs internes de l'obligation

#### 3.1.2.1. La compétence de la Confédération

Selon l'art. 95 al. 1 Cst., la Confédération peut légiférer sur l'exercice des activités lucratives privées. Cette disposition donne à la Confédération une compétence facultative de légiférer sur toutes les formations professionnelles[544]. Il s'agit d'une compétence concurrente non limitée aux principes[545]. Les cantons restent donc compétents aussi longtemps que la Confédération n'a pas fait usage de la compétence qui lui est attribuée par la Constitution[546].

Pour ce qui est de la profession d'avocat ou d'avocate, l'autorité législative fédérale a partiellement usé de sa compétence en adoptant, le 23 juin 2000,

540 EPINEY/BLASER (2014), N 7 ad art. 1 ALCP.

541 À ce sujet voir point 1.2.2.

542 MAZILLE (2018), 222.

543 En ce sens également CR LLCA-BOHNET/OTHENIN-GIRARD/SCHWEIZER (2010), N 15 ad art. 1 LLCA.

544 CR LLCA-ibid, N 34 ad art. 1 LLCA.

545 CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 28 avril 1999 concernant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, 5388 ; BOHNET/MARTENET (2009), N 240 ; AUBERT/MAHON (2003), N 6 ad art. 95 Cst ; BIAGGINI (2017), N 3 ad art. 95 Cst.

546 CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 28 avril 1999 concernant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, 5388 ; FELLMANN (2017), 24.

la loi sur la libre circulation des avocats (LLCA). Cette loi ne régit pas de manière exhaustive la profession d'avocat[547], mais fixe uniquement les principes et les exigences minimales pour l'exercice de la profession[548].

#### 3.1.2.2. La compétence résiduelle des cantons

La Confédération n'ayant pas épuisé sa compétence lui permettant de légiférer sur l'exercice de la profession d'avocat, les cantons ont une compétence résiduelle en la matière en vertu des art. 3 et 43 Cst.[549]. La Confédération a réglé de manière exhaustive les conditions d'inscription à un registre cantonal (art. 7 et 8 LLCA)[550], les règles professionnelles (art. 12 et 13 LLCA)[551] ou encore les mesures disciplinaires (art. 17–20 LLCA). Les cantons restent en revanche compétents pour édicter les règles qui vont au-delà des compétences minimales fixées par la LLCA[552]. Les cantons sont aussi compétents pour adopter des règles complémentaires lorsque la Confédération n'a pas légiféré de manière exhaustive[553]. Ainsi, il appartient aux cantons de fixer les règles relatives à l'obtention du brevet d'avocat (art. 3 al. 1 LLCA), de désigner l'autorité cantonale de surveillance (art. 14 LLCA) et de régler la procédure d'inscription au barreau (art. 34 LLCA).

Comme évoqué ci-dessus, la législation interne suisse doit être « équivalente » à celle de l'UE. Les règles « UE » qui ne sont pas mises en œuvre par la LLCA obligent donc les parlements cantonaux à légiférer pour réaliser la libre circulation des avocats et des avocates. Les autorités législatives cantonales sont ainsi appelées, de manière indirecte, à transposer certaines dispositions du droit de l'UE dans leurs ordres juridiques respectifs. Quelques exemples sont évoqués dans le paragraphe qui suit.

Premièrement, la mise en œuvre de l'art. 10 de la directive « établissement » (98/5/CE) – qui prévoit qu'après trois ans de pratique et sous certaines conditions, l'avocat ou l'avocate d'un État membre de l'UE peut être assimilé à l'avocat ou l'avocate de l'État membre d'accueil – est du ressort des cantons selon le système décrit ci-dessus. En effet, la LLCA prévoit que les cantons sont compétents pour fixer les conditions qui doivent être remplies par les

547 BOHNET/MARTENET (2009), N 240.

548 CR LLCA-BOHNET/OTHENIN-GIRARD/SCHWEIZER (2010), N 42 ad art. 1 LLCA.

549 BOHNET/MARTENET (2009), N 240 ; FELLMANN (2017), 26.

550 BOHNET/MARTENET (2009), N 244.

551 CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 28 avril 1999 concernant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, 5355 ; BOHNET/MARTENET (2009), N 245.

552 CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 28 avril 1999 concernant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, 5388.

553 CR LLCA-BOHNET/OTHENIN-GIRARD/SCHWEIZER (2010), N 46 ad art. 1 LLCA.

avocats et les avocates membres de l'UE ou de l'AELE s'ils souhaitent être assimilés aux avocats et avocates suisses bénéficiant d'un brevet cantonal (art. 30 à 33 LLCA). L'organisation de l'épreuve d'aptitude (art. 31 LLCA) ou de l'entretien de vérification (art. 32 LLCA) qui permettent, si toutes les autres conditions sont remplies, aux avocats et avocates ressortissants d'un pays de l'UE d'être inscrits à un registre cantonal des avocats et des avocates, incombe également aux cantons (art. 3 et 34 LLCA). S'agissant de l'inscription en tant que telle, les cantons doivent par ailleurs respecter l'art. 3 de la directive « établissement », qui pose les règles relatives à l'inscription des avocats et des avocates auprès de l'autorité compétente de l'État membre d'accueil. Deuxièmement, il incombe aussi aux cantons de mettre en œuvre l'art. 9 de la directive, selon lequel les décisions de refus d'une inscription doivent être motivées et susceptibles d'un recours juridictionnel en droit interne. Enfin, les autorités législatives cantonales doivent mettre en œuvre l'art. 7 de la directive qui traite des relations avec les autorités de surveillance des autres États en cas de procédure disciplinaire (art. 26 LLCA).

## 3.2. Les mécanismes internes de mise en œuvre

Cette section identifie les différents mécanismes qui ont été mis en place, en droit interne suisse, pour mettre en œuvre l'obligation, issue du droit bilatéral entre la Suisse et l'UE, de réaliser la libre circulation des avocats et des avocates.

### 3.2.1. L'uniformisation par le biais de la LLCA

La mise en œuvre des dispositions « UE » sur la libre circulation des avocats et des avocates a principalement été réalisée grâce à l'adoption d'une loi fédérale dans ce domaine. Comme nous l'avons vu ci-dessus, la Confédération dispose en effet d'une compétence concurrente non limitée aux principes en la matière. Les cantons restent donc compétents aussi longtemps que la Confédération n'a pas fait usage de la compétence qui lui est attribuée par la Constitution[554]. Le 23 juin 2000, le parlement fédéral a fait usage de cette compétence en adoptant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA). Alors que les règles relatives à la profession d'avocat et d'avocate étaient, jusqu'à la fin du XX^e siècle, contenues dans 26 législations cantonales, la conclusion de l'ALCP

554 CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 28 avril 1999 concernant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, 5388 ; FELLMANN (2017), 24.

et la reprise des directives « avocats » par la Suisse a conduit à l'uniformisation de ces dernières par le biais de la LLCA. Même si la volonté d'introduire une loi fédérale dans ce domaine existait depuis longtemps, l'aboutissement des négociations bilatérales avec l'Union européenne a accéléré le processus[555]. Les grands principes sont désormais fixés dans la loi fédérale, menant à une uniformisation importante de la matière[556]. Les cantons disposent néanmoins d'une certaine marge de manœuvre au moment de l'adoption de leurs dispositions d'exécution. Comme évoqué ci-dessus, les cantons sont notamment compétents pour adopter les dispositions relatives à la création d'une autorité de surveillance cantonale ou à la formation des stagiaires.

À notre avis, l'adoption d'une loi fédérale d'uniformisation constitue un mécanisme interne de mise en œuvre à la condition qu'elle laisse une certaine marge de manœuvre aux cantons[557]. En effet, outre une mise en œuvre uniformisée des grands principes au niveau fédéral, une telle loi fixe un cadre aux autorités législatives cantonales et, de cette manière, les guide dans la mise en œuvre des dispositions internationales qui sont de leur compétence. Il s'agit donc d'un mécanisme de mise en œuvre « par le haut », qui peut être qualifié de *poya* dans la mesure où il cherche à uniformiser les législations cantonales. Si elle permet de mettre en œuvre le droit international de manière plus rapide ou plus directe, l'uniformisation peut toutefois être perçue négativement du point de vue du fédéralisme. Nous y reviendrons à la fin de la présente thèse[558]. Dans le cas d'espèce, il apparaît toutefois que l'uniformisation du droit de la profession d'avocat et d'avocate a été plutôt bien accueillie par les cantons : les parlementaires ont généralement repris le projet de loi élaboré par leur exécutif sur la base des informations reçues de la Confédération sans y apporter de grandes modifications[559].

### 3.2.2. Les mécanismes de surveillance complémentaires

Parallèlement à l'adoption de la LLCA, la Confédération a pris des mesures complémentaires pour s'assurer de la mise en œuvre cantonale des dispositions « UE » sur la libre circulation des avocats et des avocates. Il s'agissait

555 CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 28 avril 1999 concernant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, 5337.

556 MERKT/CHAPPUIS (2017), 294.

557 L'adoption d'une loi fédérale exhaustive, en revanche, ne pourrait pas être qualifiée de mécanisme interne de mise en œuvre dans la mesure où elle n'a pas pour objectif d'encourager l'action des autorités législatives cantonales, mais de s'y substituer.

558 Voir point 9.2.4.

559 Voir point 3.2.2 ci-dessous.

essentiellement des deux mesures suivantes : 1) une séance d'information, dont un résumé a ensuite été envoyé aux cantons et 2) l'envoi d'un questionnaire relatif à l'avancement des travaux législatifs cantonaux. Elles sont détaillées ci-dessous.

Tout d'abord, l'Office fédéral de la justice a organisé, en date du 30 août 2000, une séance d'information sur la LLCA[560]. Des membres des chancelleries cantonales et des juristes travaillant au sein des administrations cantonales y ont pris part[561]. Lors de celle-ci, JEAN-CHRISTOPHE GEISER, conseiller juridique à l'Office fédéral de la justice (OFJ), a indiqué quels étaient les points à observer lors de l'élaboration des lois cantonales sur les avocats et les avocates[562]. Ensuite, le 20 octobre 2000, l'OFJ a fait parvenir aux chancelleries et aux administrations cantonales un résumé de l'intervention de GEISER ainsi qu'une liste de réponses aux questions les plus fréquentes[563].

Après l'entrée en vigueur de la LLCA et de l'ALCP le 1er juin 2002, l'OFJ a repris contact avec les chancelleries cantonales, par lettre du 4 septembre 2002[564]. Dans cette lettre, après avoir rappelé aux cantons l'entrée en vigueur de la LLCA et des accords bilatéraux, l'OFJ leur posait une série de questions au sujet de leurs législations cantonales d'application de la LLCA[565]. En substance, l'OFJ leur demandait où en étaient les travaux législatifs relatifs à l'adaptation de leur législation cantonale à la LLCA et quelle était l'autorité de surveillance cantonale désignée en vertu de l'art. 5 al. 3 LLCA[566]. Le 12 décembre 2002, l'OFJ a fait parvenir aux chancelleries cantonales un tableau regroupant de manière synthétique les réponses obtenues de la part des cantons[567]. Il ressort de cette liste que dix-sept cantons (GE, BS, BL, VD, NE, TI, VS, SO, LU, OW, UR, SG, SZ, ZG, GL, AI, TG) avaient déjà adopté une loi cantonale d'adaptation

560 Entretien téléphonique du 22 février 2021 avec JEANNE RAMSEYER, collaboratrice scientifique à l'Office fédéral de la justice (OFJ), Unité projets législatifs I.

561 Ibid.

562 Lettre de l'Office fédéral de la Justice du 20 octobre 2000 adressée aux chancelleries cantonales, accompagnée d'un résumé de l'intervention de JEAN-CHRISTOPHE GEISER et d'une liste de réponses aux questions les plus fréquentes. Ces documents sont en possession de l'auteure.

563 Ibid.

564 Lettre de l'Office fédéral de la Justice du 4 septembre 2002 adressée aux chancelleries cantonales. Cette lettre est en possession de l'auteure.

565 Ibid. Le mécanisme du questionnaire est fréquemment utilisé dans le domaine des droits humains.

566 Ibid.

567 Lettre de l'Office fédéral de la Justice du 12 décembre 2002 adressée aux chancelleries cantonales, accompagnée d'une liste des actes législatifs cantonaux et des autorités de surveillance des avocats. Cette lettre est en possession de l'auteure.

à la fin de l'année 2002 et que six cantons avaient adopté une ordonnance de l'exécutif réglant provisoirement la libre circulation des avocats (ZH, FR, AG, JU, SH, BE). Trois cantons (NW, AR, GR) ont adopté une loi cantonale d'adaptation après la lettre de l'OFJ, respectivement en 2004, 2005 et 2006. Quant aux cantons qui s'étaient dotés d'une ordonnance temporaire, ils ont finalement tous légiféré sur cette question, en 2006 au plus tard[568]. Les cantons n'ont toutefois pas tous traité la question avec urgence. Par exemple, dans son message au Grand Conseil accompagnant le projet de loi cantonale sur les avocats, le gouvernement grison considérait qu'il n'y avait aucun besoin urgent d'action législative[569]. Il justifiait cette absence d'urgence par la force dérogatoire du droit fédéral, en vertu de laquelle les dispositions cantonales contraires à la LLCA ne seraient de toute façon plus applicables[570]. Cet argument n'est toutefois d'aucun secours si une disposition cantonale est lacunaire ou manquante. Comme nous le verrons, en comparaison avec d'autres dispositions internationales, une mise en œuvre par tous les cantons suisses dans un délai de quatre ans après l'entrée en vigueur de l'accord constitue néanmoins un résultat remarquable.

Comme indiqué dans les chapitres introductifs, nous ne cherchons pas à démontrer l'existence d'un lien de causalité entre ces mécanismes et l'engagement des parlementaires à l'égard de leurs obligations internationales. Dans le cas d'espèce, plusieurs éléments laissent cependant penser que les mesures prises par l'OFJ ont exercé une certaine influence sur les processus législatifs cantonaux. En effet, dans leur message accompagnant le projet de loi, plusieurs cantons se sont expressément référés aux documents de l'OFJ ou à des consultations effectuées auprès de cet office[571]. S'agissant des débats parlementaires, ils montrent que les autorités législatives cantonales ont évalué leur marge de manœuvre comme étant plutôt réduite en lien avec la mise en œuvre de la LLCA[572]. Par conséquent – même si certaines dispositions ont fait

568 Le dernier canton à s'être doté d'une loi cantonale sur les avocats est le canton de Berne, qui a adopté, le 28 mars 2006, la loi sur les avocats et les avocates (LA ; RSB 168.11).

569 REGIERUNG DES KANTONS GRAUBÜNDEN (2005), Botschaft der Regierung an den Grossen Rat vom 25. Oktober 2005, 1310.

570 Ibid.

571 Voir par exemple : Rapport du Conseil d'État neuchâtelois au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi sur la profession d'avocat ou d'avocate (LAv) du 8 mai 2002, 7 ; Message du 26 février 2002 du Conseil d'État fribourgeois au Grand Conseil accompagnant le projet de loi sur la profession d'avocat (LAv), 1 ; Antrag des Zürcher Regierungsrates vom 13. November 2002 über das Anwaltsgesetz, 31 et 57.

572 Selon BRIGITTE BOLI JOST (députée bernoise PLR) « [i]m Vortrag ist auch der Handlungsspielraum des kantonalen Gesetzgebers dargestellt, welcher sehr klein ist. » Voir BO/BE, 26 janvier 2006, 135. Dans le canton de Vaud, le conseiller d'État PIERRE CHIFFELLE

débat, notamment chez les avocats et avocates[573] – les parlementaires se sont généralement accordés sur la nécessité d'adopter une loi cantonale de mise en œuvre et ont largement repris le projet de l'exécutif[574].

En définitive, il apparaît que les mesures de l'Office fédéral de la justice ont encouragé la grande majorité des cantons à agir rapidement puisque vingt-deux cantons avaient adopté une nouvelle loi ou une ordonnance temporaire au plus tard à la fin de l'année 2002 – soit juste après la lettre de « contrôle » envoyée par l'OFJ – et que les autres ont légiféré au plus tard quatre ans après. Même sans avoir pu vérifier que les lois cantonales ont effectivement mis en œuvre la totalité de l'acquis de l'UE pertinent, il ressort de ce qui précède que ces mécanismes se sont révélés utiles pour encourager les parlementaires cantonaux à agir. Dans le domaine de la libre circulation des avocats et des avocates, il ne faut cependant pas perdre de vue que cette mise en œuvre a été principalement réalisée au niveau fédéral, grâce à la LLCA. Ainsi, les tâches dévolues aux cantons étaient bien circonscrites par la loi fédérale. Les mesures prises par l'OFJ ont néanmoins permis 1) d'attirer l'attention des autorités législatives cantonales sur les points à observer lors de l'élaboration de leur loi sur la profession d'avocat[575] et 2) d'exercer une certaine pression sur les autorités législatives cantonales grâce à un questionnaire envoyé aux chancelleries cantonales peu après l'entrée en vigueur de la LLCA. En outre, il est intéressant de relever que ces mesures n'ont pas été prises de manière autoritaire et unilatérale, mais plutôt en collaboration avec les cantons.

Compte tenu de ce qui précède, les actions entreprises par la Confédération (séance d'information et envoi de divers documents aux autorités cantonales)

---

a rappelé lors des débats que « la marge de manœuvre cantonale [était] tout de même extrêmement réduite depuis l'introduction de la LLCA », BO/VD, 3 septembre 2002, 2560.

573 Voir par exemple les débats vaudois animés relatifs à la composition de la Chambre des avocats, BO/VD 3 septembre 2002, 2511ss, 18 septembre 2002, 3169ss. et 24 septembre 2002, 3400 ss.

574 Voir par exemple les propos de PETER BRAND (député bernois UDC) au sujet du projet de l'exécutif : « Aus unserer Sicht ist es eine gelungene Gesetzesvorlage, welche den Spielraum des Kantons im Sinne des Bundesgesetzes nutzt, aber darauf achtet, dass nicht zusätzliche Regelungen geschaffen werden, die letztlich die neuen Möglichkeiten des Freizügigkeitsgesetzes einschränken, nicht durchsetzbar sind oder Ungerechtigkeiten schaffen. » BO/BE, 26 janvier 2006, 135. Voir aussi ces propos tenus par MARCO RUGGLI (PS) devant le parlement zurichois au sujet de la nouvelle *Anwaltsgesetz* : « Die neue Rechtslage bedingt eine Totalrevision des kantonalzürcherischen Anwaltsgesetzes. [...] Die Gesetzesvorlage der Regierung hat sich in den Vorberatungen als sorgfältig ausgearbeitet und als ausgewogen erwiesen », BO/ZH, 8 septembre 2003, 971, 972.

575 Lettre de l'Office fédéral de la Justice du 20 octobre 2000 adressée aux chancelleries cantonales, accompagnée d'un résumé de l'intervention de JEAN-CHRISTOPHE GEISER et d'une liste de réponses aux questions les plus fréquentes.

peuvent être qualifiées de mécanismes de type *tambourin*. Les mesures prises visent en effet à amener les autorités cantonales à modifier leur comportement sur la base d'informations et de conseils[576]. Ce type de mesures, lorsqu'elles émanent de la Confédération, constituent une forme de surveillance. La surveillance n'étant pas clairement définie, elle peut en effet prendre de nombreuses formes en pratique (instructions générales, aides techniques d'application, inspections, rappels, etc.)[577]. Ainsi, elle englobe aussi des mesures peu incisives, comme la simple transmission d'informations. Nous précisons encore que les mesures prises par l'administration fédérale étaient adressées uniquement aux autorités exécutives cantonales. Cet élément peut paraître étonnant dans la mesure où ce sont les parlements qui sont compétents pour adopter les lois. Comme nous le verrons par la suite, il est fréquent que certains mécanismes mobilisent les gouvernements cantonaux, au détriment des parlements, en particulier lorsqu'ils visent à harmoniser les législations cantonales de mise en œuvre.

### 3.2.3. Le débat relatif à la fixation d'un délai de mise en œuvre

Initialement, le projet de LLCA prévoyait un délai de trois ans, dans lequel les cantons avaient l'obligation d'adapter leur législation aux exigences de la LLCA – et donc indirectement aux exigences du droit de l'UE[578]. Le délai a toutefois été abandonné dans le projet de loi finalement adopté par les chambres. Dans le cadre de la procédure de consultation, certains cantons avaient en effet estimé qu'une telle disposition était superflue, puisque les autorités législatives cantonales étaient suffisamment instruites au sujet des démarches qu'elles devaient entreprendre[579]. En outre, il est ressorti de cette consultation que le projet de loi n'était pas suffisamment clair quant aux conséquences juridiques auxquelles les cantons devraient faire face en cas de non-respect du délai[580]. La disposition a alors été supprimée au moment de la rédaction du nouveau projet de LLCA du 28 avril 1999[581]. Malgré cette suppression, nous sommes d'avis que le débat relatif à cette disposition constitue

576 Voir à ce propos le point 2.4.2.3 ci-dessus.

577 Nous reviendrons en détail sur cette notion à la fin de ce travail, voir point 9.2.3.1.

578 Art. 23 de l'avant-projet de Loi fédérale sur la libre circulation des avocats, mis en consultation le 16 avril 1997.

579 CONFÉDÉRATION SUISSE (1997), Auswertung der Ergebnisse des Vernehmlassunsverfahrens zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte, 37.

580 Ibid.

581 Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats, LLCA), Projet, FF 1999 5389.

déjà un mécanisme interne de mise en œuvre selon notre définition. En effet, le simple fait que les cantons aient été consultés à cet égard a permis de leur rappeler leurs obligations issues de l'ALCP. En les informant et en les mobilisant, le débat relatif à la fixation d'un délai les a encouragés à mettre en œuvre leurs obligations. Le mécanisme en question peut être qualifié de *tambourin* puisqu'il a permis de « faire du bruit » et de rappeler ainsi aux cantons leur obligation de mettre en œuvre l'acquis relatif à la profession d'avocat et d'avocate.

### 3.2.4. La fixation d'un délai de mise en œuvre

Comme évoqué ci-dessus, aucun délai n'a finalement été imposé aux cantons pour mettre en œuvre la LLCA – et l'acquis de l'UE relatif à la libre circulation des avocats et avocates. Cette section analyse donc ce mécanisme de manière théorique, dans la mesure où il s'agit d'un outil intéressant pour inciter les cantons à accomplir les devoirs que le droit fédéral (et international) leur impose[582]. Ils contribuent à une mise en œuvre rapide du droit supérieur, tout en respectant l'autonomie des cantons – en particulier leur organisation et leurs règles de procédure. En général, la Confédération fixe des délais de mise en œuvre lorsqu'elle adopte une loi fédérale qui requiert des mesures d'exécution de la part des cantons. S'agissant de la mise en œuvre du droit international, la fixation de délais par la Confédération peut donc intervenir lorsque la Confédération et les cantons jouissent de compétences concurrentes dans un domaine et que la Confédération adopte une loi de mise en œuvre non exhaustive. Il s'agissait précisément du cas de la mise en œuvre de l'acquis de l'UE relatif à la libre circulation des avocats et des avocates. En effet, comme nous l'avons vu, en adoptant la LLCA, la Confédération a laissé le soin aux cantons de fixer certaines règles résiduelles.

Quant à la qualification des délais selon notre catégorisation, elle dépendra des conséquences attachées à leur inobservation. Il peut s'agir de mécanismes incitatifs, suivant la logique du tambourin, ou punitifs, qui entrent alors dans la catégorie *bâton*. Dans l'ordre juridique suisse, les délais sont purement incitatifs et doivent donc être qualifiés de mécanismes de type *tambourin*. Contrairement au droit européen, qui offre la possibilité d'ouvrir une procédure en manquement si le délai de mise en œuvre d'une directive n'est pas respecté[583], le droit suisse ne prévoit pas une telle possibilité. Seules les règles constitutionnelles régissant l'activité de l'État sont donc applicables

582 CONSEIL FÉDÉRAL (1998), Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 10 novembre 1998, JAAC 2000 nº 24 p. 307, 312.

583 Art. 258 à 260 TFUE.

(art. 5 Cst)[584]. L'intérêt public exige une mise en œuvre sans retard du droit et le principe de la proportionnalité plaide en faveur de délais aussi courts que possible, sans pour autant exposer les cantons à une charge de travail disproportionnée[585]. L'art. 46 al. 3 Cst. précise que « la Confédération laisse aux cantons une marge de manœuvre aussi large que possible en tenant compte de leurs particularités ». Ces différents aspects doivent être pris en compte lors de la fixation d'un délai de mise en œuvre du droit fédéral[586]. En revanche, aucune disposition ne règle la question de la sanction en cas de non-respect d'un délai. Pour améliorer l'efficacité d'un tel mécanisme, la Conférence des gouvernements cantonaux recommande à la Confédération et aux cantons de planifier ensemble la mise en œuvre d'un acte et de collaborer au moment de la fixation du délai[587]. À notre sens, ce dialogue et cette transmission d'information entre la Confédération et les cantons rendent ce mécanisme particulièrement intéressant.

Malgré l'absence de sanction attachée à l'inobservation des délais dans l'ordre juridique suisse, nous sommes d'avis que la fixation d'un délai constitue un mécanisme intéressant pour encourager l'action des parlementaires cantonaux. Elle permet d'informer les autorités cantonales de l'existence de l'obligation et de les instruire au sujet des exigences de la Confédération et du droit international. Pour que ce mécanisme soit utile, il est toutefois nécessaire – comme évoqué par la CdC – que les cantons et la Confédération le fixe d'un commun accord, afin qu'il soit respecté par la plupart des cantons. En effet, si la majorité des cantons ignorait les délais fixés par la Confédération, la crédibilité de cette dernière serait mise à mal. Ce constat rejoint nos observations en lien avec le travail de contrôle de l'OFJ décrit au point 3.2.2 ci-dessus. La surveillance, tout comme la fixation de délais, sont des mécanismes utiles pour encourager l'action législative cantonale, surtout lorsqu'ils sont mis en place en collaboration avec les cantons.

### 3.2.5. Les ordonnances temporaires de l'exécutif cantonal

Comme nous l'avons vu plus haut, se trouvant dans l'incapacité d'adopter une loi de mise en œuvre simultanément à l'entrée en vigueur de l'ALCP et de la LLCA, plusieurs gouvernements cantonaux ont adopté des ordonnances temporaires de mise en œuvre (ZH, FR, AG, JU, SH, BE). De telles ordonnances

584 CONFÉRENCE DES GOUVERNEMENTS CANTONAUX (2012), La mise en œuvre du droit fédéral par les cantons, 29.

585 Ibid, 30.

586 Ibid.

587 Ibid, 33.

ne constituent pas des lois, au sens où nous l'entendons dans la présente thèse. En effet, en droit constitutionnel suisse, une ordonnance d'exécution est un acte législatif qui ne constitue pas une loi au sens formel[588]. En droit fédéral comme en droit cantonal, une telle ordonnance peut émaner de différents organes, tels que le gouvernement, un tribunal ou l'administration[589]. Par définition, une ordonnance n'émane donc pas du parlement et n'est, dès lors, pas suffisante pour mettre en œuvre une obligation internationale de légiférer. Au contraire, une ordonnance vise à mettre en œuvre la pensée du législateur : elle doit suivre l'objectif de la loi et se contenter de développer et de prolonger une réglementation qui a déjà pris forme de manière fondamentale dans la loi[590]. Une ordonnance peut-elle, cependant, être constitutive d'un « mécanisme interne de mise en œuvre » ? À notre avis, oui. En agissant en lieu et place de l'autorité législative, l'exécutif lui retire l'une de ses fonctions principales, qui est celle de légiférer. Il s'agit donc d'un mécanisme punitif *(bâton)*. S'ils veulent récupérer leurs prérogatives, les parlements qui n'ont pas agi assez rapidement devront se conformer à leur obligation de légiférer. Le caractère temporaire de ce type d'ordonnance augmente la pression exercée sur l'autorité législative cantonale, qui doit avoir légiféré au plus tard au moment où l'ordonnance est échue[591]. Une ordonnance temporaire constitue donc un mécanisme de mise en œuvre qui, par son caractère punitif, cherche à encourager l'action subséquente des parlements cantonaux. Dans le cas d'espèce, ces ordonnances ont rencontré un certain succès puisque les six cantons concernés avaient tous adopté une loi sur la libre circulation des avocats et des avocates en 2006 au plus tard, soit en moyenne deux ans après l'adoption des ordonnances concernées[592].

Les ordonnances temporaires constituent un mécanisme intéressant pour la mise en œuvre du droit international, mais peuvent être problématiques du point de vue de la séparation des pouvoirs, notamment parce qu'elles risquent de créer des faits accomplis difficilement réversibles. Dans

588 MALINVERNI et al. (2021), 537.

589 Ibid, 538 et 588.

590 TRIBUNAL FÉDÉRAL (2017), Arrêt 1C_504/2016, c. 3.2.

591 Par exemple, l'ordonnance portant introduction de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats dans le canton de Berne, datée du 29 août 2001, était limitée au 31 décembre 2006. Pour le Conseil-exécutif, il importait donc « d'intégrer jusqu'à cette date les dispositions urgentes dans le droit ordinaire » (voir le rapport présenté par le Conseil-exécutif bernois au Grand Conseil concernant la loi sur les avocats et les avocates (LA), 2).

592 ZH : Anwaltsgesetz du 17 novembre 2003 ; FR : Loi sur la profession d'avocat du 12 décembre 2002 ; AG : Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte du 2 novembre 2004 ; JU : Loi concernant la profession d'avocat du 3 septembre 2003 ; SH : Gesetz über das Anwaltswesen du 17 mai 2004 ; BE : Loi sur les avocates et les avocats du 28 mars 2006.

les exemples évoqués ci-dessus, ce risque semble avoir été (un peu) réduit par le fait que les ordonnances en question ne contenaient que « les dispositions absolument indispensables »[593] à l'introduction de la LLCA et de l'ALCP, laissant ainsi une marge de manœuvre à l'autorité législative pour régler les détails. Mais d'autres cas peuvent se révéler plus problématiques. Par exemple, en lien avec la mise en œuvre de la CEDEF, le gouvernement zougois a adopté une ordonnance urgente de mise en œuvre pour éviter une condamnation pour omission législative par le Tribunal fédéral[594]. Dans ce cas, l'adoption de l'ordonnance faisait suite au refus du parlement de légiférer sur la question et n'avait pas pour but de faire agir l'autorité législative. Dans une situation comme celle-ci, le risque existe que l'ordonnance se pérennise, au détriment d'une loi adoptée par le parlement. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette question[595].

## 3.3. Conclusion

L'accord sur la libre circulation des personnes avec l'Union européenne a été principalement mis en œuvre grâce à une loi fédérale. Bien que la question de l'adoption d'une législation fédérale sur les avocats ait été évoquée depuis le début du XXe siècle[596], c'est la perspective de l'entrée dans l'Espace économique européen, puis l'aboutissement des négociations bilatérales avec l'UE qui a précipité le processus. La date d'entrée en vigueur de la LLCA est d'ailleurs la même que celle de l'ALCP[597]. L'adoption d'un traité international a donc conduit à l'uniformisation du domaine étudié dans ce chapitre. Originairement régi uniquement par le droit cantonal, le droit de la profession d'avocat et d'avocate figure désormais essentiellement dans la LLCA.

Comme nous l'avons vu, l'autorité législative fédérale n'a toutefois pas régi la matière de manière exhaustive. L'obligation de légiférer incombant aux cantons n'a donc pas cessé d'exister, mais elle a été encadrée par la loi fédérale. La LLCA a ainsi joué un rôle de mécanisme interne de mise en œuvre, en précisant quelles obligations résiduelles étaient du ressort des autorités législatives cantonales. Ce faisant, elle a guidé les cantons dans leur processus de

593 Rapport du 19 octobre 2005 présenté par le Conseil-exécutif bernois au Grand Conseil concernant la loi sur les avocats et les avocates (LA), 2.

594 Voir les arrêts suivants : TRIBUNAL FÉDÉRAL (2011), ATF 137 I 305 ; TRIBUNAL FÉDÉRAL (2017), Arrêt 1C_504/2016.

595 Voir point 8.2.5.

596 CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 28 avril 1999 concernant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, 5336.

597 Ibid, 5337.

mise en œuvre. Conformément à la catégorisation établie au chapitre précédent, il s'agit d'un mécanisme de type *poya:* en mettant en place un cadre commun (ou un chemin), les cantons ont été encouragés à avancer ensemble dans la même direction.

Cette uniformisation par le niveau fédéral a été complétée par d'autres mécanismes : la surveillance exercée par l'Office fédéral de la justice *(tambourin),* le débat relatif à la fixation d'un délai de mise en œuvre *(tambourin)* et l'adoption d'ordonnances temporaires par plusieurs exécutifs cantonaux *(bâton).* En définitive, la combinaison de ces divers mécanismes a permis d'atteindre un résultat qui peut être qualifié de satisfaisant du point de vue de la mise en œuvre du droit international. En effet, les vingt-six cantons ont mis en œuvre les dispositions issues du droit de l'UE en 2006, soit quatre ans après l'entrée en vigueur de l'accord.

Dans un cas comme celui-ci, les mécanismes mis en place par la Confédération ne peuvent toutefois être dissociés de l'intérêt de cette dernière à bénéficier de la libre circulation des personnes avec l'Union européenne. Dans la mesure où celle-ci n'est possible qu'à condition que la législation suisse soit équivalente au droit de l'UE référencé par l'ALCP, la Confédération a tout intérêt à s'assurer que les cantons adaptent leurs législations. Aussi, si la mise en œuvre de l'obligation de réaliser la libre circulation des avocats et des avocates a certainement été influencée par les mécanismes évoqués dans ce chapitre, l'activation de ces mécanismes était fortement liée au contexte général.

Finalement, il nous paraît encore utile de préciser que le fait que les vingt-six cantons aient légiféré dans le domaine de la libre circulation des avocats et des avocates ne veut pas encore dire que les dispositions de l'acquis ont été effectivement mises en œuvre dans tous les cantons. En particulier, il est possible que certains cantons adoptent des lois extrêmement courtes ou peu détaillées, qui ne permettent pas de mettre en œuvre les dispositions de l'acquis. L'analyse de toutes les lois cantonales dans le but de vérifier qu'elles mettent effectivement en œuvre l'acquis de l'UE repris par la Suisse aurait dépassé le cadre du présent chapitre. Dans le but de souligner le rôle primordial joué par l'autorité législative cantonale lorsqu'elle adopte une loi de mise en œuvre, il nous a semblé utile d'analyser, à titre d'exemple, la manière dont une disposition de l'acquis a été mise en œuvre par les cantons. Nous avons choisi de nous focaliser sur l'art. 10 de la directive 98/5/CE, qui régit l'assimilation des avocats et des avocates d'un État membre à celles et ceux d'un autre État membre. Selon cette disposition, après trois ans d'exercice effectif et régulier en vertu de son titre d'origine, un avocat ou une avocate a la possibilité d'être intégré dans l'État membre d'accueil et d'y exercer sa profession sous le titre de l'État membre d'accueil. Cette assimilation doit suivre la procédure prévue à l'art. 10 de la directive 98/5/CE.

La quasi-totalité des autorités législatives cantonales ont adopté des règles relatives à cette procédure[598]. Seul le droit saint-gallois fait exception. Selon la Commission saint-galloise des examens du barreau *(Prüfungskommission für Rechtsanwälte),* cette lacune s'explique par l'absence de relevance pratique d'une telle disposition dans ce canton[599]. Le président de la Commission explique qu'au vu des rares demandes d'assimilation[600], aucune procédure n'a été mise en place à cet effet[601]. À la suite d'une demande parvenue au mois de décembre 2020, la Commission s'est toutefois récemment penchée sur les modalités d'une telle procédure et envisage la mise en place d'un examen du barreau allégé (uniquement oral et portant sur un nombre réduit de matières)[602]. Cette question sera traitée lors de la prochaine révision du règlement sur les examens d'avocat[603]. Cet exemple nous permet d'illustrer l'importance de l'action législative cantonale pour la mise en œuvre des dispositions issues de l'acquis de l'UE. Il ne suffit pas qu'un canton se dote d'une loi sur la profession d'avocat et d'avocate pour que cette mise en œuvre soit effective en pratique. Encore faut-il que la loi en question soit exhaustive – notamment en prévoyant les procédures nécessaires à la bonne exécution des dispositions de l'acquis. Dans notre exemple, l'absence d'une disposition

598 Art. 24 ss. de la loi sur la profession d'avocat ou d'avocate (NE) ; Art. 33D de la loi sur la profession d'avocat (GE) ; Art. 28 Advokaturgesetz (BS) ; Art. 33 Anwaltsgesetz (BL) ; Art. 44 de la loi sur la profession d'avocat (VD) ; Art. 48 let. b Anwaltsgesetz (ZH) et les art. 18 ss. Verordnung des Obergerichts über die Fähigkeitsprüfung für den Anwaltsberuf (ZH) ; Art. 5 let. b de la loi sur la profession d'avocat (FR) ; Art. 5 de la loi sur les avocats et les avocates (BE) ; Art. 6 Legge sull'avvocatura (TI) ; Art. 7 let. b Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (AG) ; Art. 3 let. b de la loi sur la profession d'avocat pratiquant la représentation en justice (VS) ; Art. 37 s. de la loi concernant la profession d'avocat (JU) ; Art. 9 al. 2 Gesetz über die Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen (SO) et art. 8 Verordnung über das Anwaltsregister (SO) ; Art. 4 Gesetz über das Anwaltspatent und die Parteivertretung (LU) ; Art. 4 al. 3 Gesetz über die Ausübung des Anwaltsberufes (OW) ; Art. 3 ch. 6 Gesetz über die Ausübung des Anwaltsberufes (NW) ; Art. 5 Anwaltsverordnung (UR) et Art. 20 Reglement über die Anwaltsprüfung (UR) ; Art. 6 let. h Kantonales Anwaltsgesetz (SZ) ; Art. 8 al. 1 let. a Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (ZG) ; Art. 7 al. 1 let. g Anwaltsgesetz des Kantons Glarus (GL) ; Art. 17 Anwaltsgesetz (GR) ; Art. 5 Gesetz über die Ausübung des Anwaltsberufes (AR); Art. 7 Anwaltsgesetz (AI) ; Art. 7 Verordnung des Obergerichts über das Anwaltswesen (SH) ; Art. 4 Anwaltsgesetz (TG).

599 Entretien téléphonique du 10 mars 2021 avec CHRISTIAN SCHÖBI, président de la *Prüfungskommission für Rechtsanwälte* du canton de Saint-Gall.

600 Selon l'art. 10 de la directive 98/5/CE et les art. 30 à 32 LLCA.

601 Entretien téléphonique du 10 mars 2021 avec CHRISTIAN SCHÖBI, président de la *Prüfungskommission für Rechtsanwälte* du canton de Saint-Gall.

602 Ibid.

603 Ibid.

procédurale dans la loi saint-galloise empêche les avocats et les avocates de l'UE d'être assimilés aux avocats et aux avocates de ce canton et entrave ainsi la bonne exécution de l'accord. Cependant, comme cette lacune était due à l'absence de demandes de la part d'avocats ou d'avocates de l'UE, elle n'a pas porté à conséquence. En outre, elle sera comblée prochainement[604]. Néanmoins, cette situation illustre bien le rôle primordial joué par les parlements cantonaux lorsqu'ils mettent en œuvre le droit international.

Le prochain chapitre analyse une autre obligation issue des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE : la libéralisation du droit des marchés publics. Grâce à cette seconde étude de cas, nous nous focaliserons sur un autre mécanisme de type *poya*, qui vise à harmoniser les législations cantonales : le concordat intercantonal. En pratique, nous verrons que ce type de mécanismes se rapproche toutefois d'une uniformisation dans la mesure où il restreint beaucoup la marge de manœuvre des autorités législatives cantonales.

---

604 Ibid.

# 4. L’harmonisation au service de la libéralisation du droit cantonal des marchés publics

Le droit suisse des marchés publics reprend, dans une large mesure, les dispositions internationales et européennes applicables dans ce domaine. Ces dispositions créent une obligation, incombant aussi bien aux autorités législatives fédérales que cantonales, de légiférer dans ce domaine (point 4.1). Après avoir analysé ces diverses dispositions, nous étudierons les mécanismes qui ont encouragé les autorités législatives cantonales à agir dans ce domaine (point 4.2). Comme nous le verrons, les législations cantonales ont été fortement harmonisées grâce à divers mécanismes de type *poya*.

## 4.1. L’obligation internationale de légiférer

Comme expliqué au chapitre 2, l’identification d’une obligation internationale de légiférer doit se faire en tenant compte aussi bien du droit international (point 4.1.1) que du droit interne (point 4.1.2). Les dispositions pertinentes sont exposées et analysées dans les deux sous-sections ci-dessous.

### 4.1.1. Les sources internationales de l’obligation

Dans le domaine des marchés publics, l’obligation de légiférer incombant aux autorités législatives suisses dérive aussi bien de l’accord entre la Suisse et l’UE sur certains aspects relatifs aux marchés publics[605] que des règles issues de l’accord de l’Organisation mondiale du commerce (OMC) sur les marchés publics (AMP). L’AMP constitue la base du processus de libéralisation dans ce domaine, qui a ensuite été élargi par l’accord bilatéral entre la Suisse et l’UE[606]. Cette section présente successivement les dispositions issues de ces deux traités.

605 Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (RS 0.172.052.68).

606 POLTIER (2014), 10.

#### 4.1.1.1. L'AMP

Les autorités législatives suisses se sont intéressées pour la première fois à la libéralisation des marchés publics au moment des négociations relatives au traité sur l'Espace économique européen (EEE)[607]. À la suite du rejet de cet accord par le peuple suisse, c'est l'adoption de l'AMP en 1994 qui a constitué « l'élément déclencheur du processus législatif interne à la Suisse en matière de marchés publics »[608]. Avant son adoption, les acquisitions de l'État étaient traitées par le droit suisse comme des contrats de droit privé ordinaires[609]. Avec l'AMP – qui a été approuvé par l'Assemblée fédérale le 8 décembre 1994 et est entré en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 1996 – les marchés publics suisses ont été ouverts aux fournisseurs étrangers sur une base réciproque, ce qui signifie qu'un fournisseur étranger peut participer à un marché public lancé en Suisse si son pays d'origine a souscrit des engagements identiques à ceux de la Suisse[610]. En ce qui concerne la mise en œuvre de l'accord, son art. XXIV ch. 5 prévoit que « [c]haque gouvernement qui acceptera le présent accord ou qui y accédera assurera, au plus tard à la date où ledit accord entrera en vigueur en ce qui le concerne, la conformité de ses lois, règlements et procédures administratives, ainsi que des règles, procédures et pratiques appliquées par les entités reprises dans ses listes annexées au présent accord, avec les dispositions dudit accord ». Comme les normes relatives aux marchés publics ne sont pas toujours directement applicables, elles nécessitent une mise en œuvre législative en droit interne[611]. En Suisse, un processus législatif interne – aux niveaux fédéral et cantonal – a permis de mettre en œuvre ces engagements[612].

L'AMP a été révisé le 30 mars 2012 et sa version révisée est entrée en vigueur le 6 avril 2014 à la date du dépôt de leurs instruments d'acceptation par les deux tiers des parties contractantes[613]. Pour l'essentiel, cette révision consiste dans une modernisation de l'accord de 1994 et des modifications de détails[614]. Les principales nouveautés sont l'introduction d'une nouvelle base légale pour combattre la corruption, les conflits d'intérêts et les ententes entre soumissionnaires (art. IV.4), l'encouragement au traitement électronique des

607 Ibid, 4.

608 Ibid, 8. Voir également : SAXER (2020), 4.

609 POLTIER (2014), 1.

610 Ibid, 9.

611 SAXER (2020), 8.

612 POLTIER (2014), 9.

613 LEDUC (2015), 12.

614 POLTIER (2014), 10.

soumissions publiques et l'amélioration de la clarté des cadres juridiques nationaux grâce à l'introduction de nouvelles exigences relatives aux avis de marché (art. VII) et à la documentation des appels d'offre (art. X)[615]. Pour ratifier cet accord, la Suisse a dû à nouveau réviser son droit interne, aussi bien au niveau fédéral que cantonal[616]. En effet, l'AMP 2012 conditionne expressément la ratification de l'accord à une mise en conformité du droit interne avec les dispositions de l'accord (art. XXII ch. 4)[617]. Une révision législative était donc nécessaire[618]. La Suisse est arrivée à l'issue de ce processus – coordonné entre la Confédération et les cantons – le 21 juin 2019, date de l'approbation de l'accord révisé par l'Assemblée fédérale[619]. L'accord révisé est entré en vigueur en Suisse le 1er janvier 2021.

#### 4.1.1.2. L'accord bilatéral Suisse-UE sur certains aspects relatifs aux marchés publics

Le 21 juin 1999, la Suisse a conclu avec l'UE un accord sectoriel sur certains aspects des marchés publics[620]. Cet accord – qui fait partie du paquet des sept accords bilatéraux I – a pour but d'élargir le processus de libéralisation à des domaines non soumis à l'AMP mais qui ont été libéralisés au sein de l'EEE[621]. L'accord vise ainsi l'extension du champ d'application de l'AMP aux communes et l'ouverture des marchés publics dépassant un certain seuil à de nouveaux secteurs (télécommunications, transports ferroviaires, énergie) ; il permet également d'étendre l'ouverture réciproque aux entités privées qui assurent un service public dans les domaines couverts par l'AMP[622].

S'agissant de la mise en œuvre, elle n'est pas prévue expressément dans le texte de l'accord[623]. L'art. 13 para. 1 prévoit uniquement que « [l]es parties prennent toutes les mesures générales ou particulières propres à assurer

615 CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 24 février 1993 sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE, 1913 ; LEDUC (2015), 14.

616 CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, 1697 ; POLTIER (2014), 10.

617 SAXER (2020), 8.

618 Ibid.

619 Protocole portant amendement de l'Accord sur les marchés publics conclu à Genève le 30 mars 2012, approuvé par l'Assemblée fédérale le 21 juin 2019 (RO 2020 6493).

620 Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (RS 0.172.052.68).

621 CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, 5512 ; POLTIER (2014), 10.

622 CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, 5512 ; POLTIER (2014), 10.

623 SAXER (2020), 16.

l'exécution des obligations du présent accord. » Cette disposition n'impose pas explicitement une obligation de légiférer. Toutefois, comme la plupart des accords bilatéraux conclus entre la Suisse et l'UE, l'accord relatif aux marchés publics est fondé sur le principe de l'équivalence des législations[624]. Cela implique l'adoption, par les autorités législatives suisses, de règles équivalentes au droit de l'UE repris par l'accord[625]. Dans le domaine des marchés publics, cette équivalence découle principalement de la participation de la Suisse et de l'UE à l'accord de l'OMC sur les marchés publics[626]. Par conséquent, plusieurs adaptations du droit suisse ont déjà été entreprises avec l'adoption de l'AMP. Toutefois, comme nous l'avons vu, l'accord conclu avec l'UE et ses États membres a introduit certaines nouvelles obligations à la charge des parties contractantes, qui doivent adapter leur droit interne en conséquence[627]. Malgré l'absence d'une obligation explicite de légiférer figurant dans le texte de l'accord, les autorités suisses ont donc l'obligation – conformément au principe de l'équivalence des législations – de modifier leur droit interne pour qu'il corresponde aux dispositions de l'accord. Dans la section suivante, nous verrons qu'en droit suisse, cette obligation incombe notamment aux autorités législatives cantonales.

### 4.1.2. Les débiteurs internes de l'obligation

Dans le domaine des marchés publics, la Confédération et les cantons disposent de compétences parallèles ou partagées[628]. Pour la Confédération, cette compétence découle de l'art. 164 al. 1 let. g Cst., qui prévoit que la Confédération doit être en mesure d'adopter les règles de droit relatives à l'organisation et à la procédure des autorités fédérales[629]. Cette disposition n'offre toutefois pas à la Confédération la compétence de régler exhaustivement les marchés publics cantonaux et communaux[630]. Partant, conformément au principe de subsidiarité ancré à l'art. 3 Cst., les cantons sont compétents dans ce domaine tant que

624 FELDER (2001), 126 ; KADDOUS (2001), 79 ; VITTOZ (2016), 248 ; MAZILLE (2018), 219 ; OESCH (2020), 133.

625 Voir point 1.2.2 ci-dessus.

626 MAZILLE (2018), 226 ; VITTOZ (2016), 249 ; FELDER (2001), 127 ; CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, 5469.

627 Voir en ce sens : BIAGGINI (2007), 714.

628 ATF 130 I 156, c. 2.6 ; VITTOZ (2016), 245 ; CLERC (2012), N 21 ad art. 5 LMI ; BIAGGINI (2007), 715.

629 ATF 130 I 156, c. 2.6; CLERC (2012), N 21 ad art. 5 LMI.

630 Ibid, N 22 ad art. 5 LMI.

leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale[631]. Ainsi, la Confédération et les cantons adoptent de façon autonome leur législation respective pour régler la passation des marchés publics dont les pouvoirs adjudicateurs sont soumis à leur autorité[632]. L'intervention de la Confédération dans le droit cantonal des marchés publics se limite à la réalisation du marché intérieur suisse (cf. art 95 al. 2 Cst.)[633]. Conformément à cette disposition, la Confédération ne peut que légiférer de manière globale, notamment pour assurer la transparence et l'égalité de traitement des soumissionnaires cantonaux[634]. Elle a ainsi adopté la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI), dont certaines dispositions (art. 5 et 9 LMI) posent des principes généraux qui doivent également être respectés lors de la passation de marchés publics cantonaux ou communaux[635]. Pour le reste, le droit des marchés publics est régi de manière autonome au niveau fédéral et au niveau (inter)cantonal. Comme nous le verrons ci-dessous, les législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics ont toutefois été harmonisées avec la récente révision du droit des marchés publics[636].

## 4.2. Les mécanismes internes de mise en œuvre

Cette section identifie et discute les différents mécanismes qui ont permis la mise en œuvre du droit international des marchés publics dans les législations cantonales. Compte tenu de la récente harmonisation du droit fédéral et cantonal dans ce domaine, nous verrons que certains de ces mécanismes visent simultanément la mise œuvre du droit international dans l'ordre juridique fédéral et dans les ordres juridiques cantonaux.

### 4.2.1. La fixation de critères minimaux dans la LMI

Comme nous venons de le voir, dans le domaine des marchés publics, la Confédération et les cantons adoptent de façon autonome leur législation respective pour régler la passation des marchés publics dont les pouvoirs adjudicateurs

631 POLTIER (2014), 16 ; CLERC (2012), N 21 ad art. 5 LMI.

632 CLERC (2012), N 21 ad art. 5 LMI.

633 POLTIER (2014), 16.

634 CLERC (2012), N 22 ad art. 5 LMI.

635 ATF 130 156, c. 2.7.1.; POLTIER (2014), 16.

636 CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, 1697ss.

sont soumis à leur autorité[637]. La Confédération n'est donc pas compétente pour réglementer les marchés publics des cantons et des communes[638]. Son intervention se justifie uniquement pour assurer la réalisation du marché intérieur (art. 95 al. 2 Cst.)[639]. Elle a fait usage de cette compétence en fixant certaines règles minimales relatives aux marchés publics dans la LMI[640]. Or, ces règles peuvent être rattachées aux exigences internationales de la Suisse issues de l'AMP 1994[641]. Conformément à l'art. III AMP 1994, l'art. 5 al. 1 LMI prévoit ainsi que les cantons et les communes ne doivent pas discriminer les entités soumissionnaires suisses. L'art. 9 al. 2 LMI oblige quant à lui les cantons à prévoir au moins une voie de recours devant une autorité indépendante, conformément à l'art. XX AMP 1994. Ces exemples montrent bien la façon dont le droit international peut mener à l'adoption de règles fédérales dans les domaines de compétence des cantons, guidant ainsi l'activité de leurs autorités législatives. En effet, même si la LMI a été conçue comme une loi-cadre et ne visait pas à harmoniser le droit cantonal, elle a exercé une certaine pression sur les autorités législatives cantonales. Dans un rapport daté du 25 mars 1998, la Conférence suisse des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement (DTAP) a ainsi constaté, en lien avec la LMI, que « les cantons[devaient] effectivement prendre leurs affaires en mains s'ils [voulaient] éviter qu'une nouvelle compétence fédérale soit créée ». Dans ces conditions, nous sommes d'avis que la fixation de critères minimaux dans la LMI doit être qualifiée de mécanisme interne de mise en œuvre. Plus précisément, ce mécanisme peut être qualifié de *poya* puisqu'il vise à guider les cantons afin d'avancer ensemble dans une certaine direction.

L'éventualité d'une centralisation des compétences dans ce domaine a été discutée quelques années plus tard. En effet, en 2008, le Conseil fédéral a envisagé d'unifier partiellement les législations fédérale et cantonales relatives aux marchés publics[642]. Selon le Conseil fédéral, cette révision était notamment rendue nécessaire par l'évolution de la situation sur la scène internationale, en particulier les négociations relatives à la révision de l'AMP et les

637 CLERC (2012), N 21 ad art. 5 LMI.

638 COTTIER/WAGNER (1995), 1586.

639 POLTIER (2014), 16.

640 COTTIER/WAGNER (1995), 1583 ; POLTIER (2014), 16.

641 POLTIER (2014), 17.

642 Voir le rapport explicatif du Département fédéral des finances (DFF) sur le projet de consultation concernant la révision de la loi fédérale sur les marchés publics du 30 mai 2008.

nouvelles directives européennes ayant trait aux marchés publics[643]. Ce projet de centralisation a toutefois été abandonné en raison du refus des cantons[644]. Comme nous le verrons, les cantons ont préféré maintenir la voie de la coopération horizontale par le biais d'un accord intercantonal.

### 4.2.2. L'adoption d'un concordat

Souvent, des traités internationaux sont adoptés parce que la matière à réglementer a acquis un caractère transfrontalier et qu'une coordination internationale s'est imposée[645]. Lorsque ces traités doivent être mis en œuvre en droit interne, une coordination au niveau national ou régional apparaît alors souvent nécessaire[646]. Tel fut notamment le cas dans le domaine des marchés publics, où le besoin de coordination est vite apparu comme une nécessité[647]. La coopération horizontale entre les cantons est alors apparue comme un bon moyen d'anticiper une intervention de la part de la Confédération[648].

Le moyen que les cantons ont trouvé pour réaliser cette mise en œuvre harmonisée du droit international des marchés publics est l'adoption d'une convention intercantonale : l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP). Les conventions intercantonales (ou concordats intercantonaux) sont prévues par l'art. 48 Cst. À son alinéa premier, cet article prévoit que « [l]es cantons peuvent conclure des conventions entre eux et créer des organisations et des institutions communes. Ils peuvent notamment réaliser ensemble des tâches d'intérêt régional ». Ces conventions concrétisent l'autonomie organisationnelle externe des cantons dans la mesure où elles leur offrent la possibilité d'arranger comme ils le souhaitent leurs rapports avec les autres cantons[649]. Ces conventions sont parfois utilisées par les cantons comme moyen de mettre en œuvre le droit international. Ainsi, grâce à l'AIMP, les cantons ont

643 CONSEIL FÉDÉRAL (2008), Rapport explicatif du département fédéral des finances (DFF) sur le projet de consultation concernant la révision de la loi fédérale sur les marchés publics du 30 mai 2008, 8s.

644 FETZ (2010), 24.

645 THALMANN (2000), 309.

646 Ibid.

647 Ibid.

648 Ibid. ETIENNE POLTIER note à ce sujet que lors de l'élaboration de l'art. 5 LMI, l'autorité législative fédérale avait été convaincue de se limiter à une réglementation minimale compte tenu du fait que les cantons avaient « mis en chantier » l'élaboration de dispositions intercantonales. Voir POLTIER (2014), 18. Dans le même sens voir également : DTAP (1998), Rapport explicatif du 25 mars 1998 relatif à la révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics, 18.

649 JEANNERAT (2018), 38.

pu mettre en œuvre de manière homogène les dispositions de l'AMP tout en préservant une certaine marge de manœuvre dans l'adoption de dispositions d'application au niveau cantonal[650]. Ce type de mécanismes, qui permet de coordonner l'action législative cantonale, répond à la logique de la *poya*. L'AIMP a été initialement adopté en 1994, avant d'être révisé à deux reprises, en 2001 et en 2019. Ces diverses étapes sont présentées ci-dessous.

#### 4.2.2.1. AIMP 1994

L'AIMP initial (AIMP 1994) a été adopté le 25 novembre 1994 lors de l'Assemblée plénière de la DTAP[651]. Il a pour but de transposer les dispositions de l'AMP au niveau cantonal. Ce texte est le résultat des travaux d'un groupe d'experts et d'expertes mandaté par la DTAP et la Conférence des chefs des départements cantonaux de l'économie publique (CDEP)[652]. Ce groupe était assisté par un groupe de travail composé de praticiens et de praticiennes issues notamment de la Confédération et des cantons[653]. Les parlementaires n'y étaient toutefois pas représentés. Après avoir envisagé l'adoption d'une loi-modèle[654], la forme du concordat a finalement été préférée. Les cantons ont tous adhéré à l'AIMP entre 1996 et 2001 et ont adopté des règles d'application cantonales[655].

À son art. 4, l'accord institue l'autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp), qui est formée des membres de la DTAP dont les cantons sont parties à l'accord. Selon cette disposition, l'AiMp est compétente pour modifier l'accord, sous réserve de l'approbation des cantons parties. Le système mis en place offre ainsi des compétences législatives à l'AiMp, une autorité au sein de laquelle siègent des membres des exécutifs cantonaux. Comme le relève ELOI JEANNERAT, la mise en place d'une autorité de ce type « est forcément source d'un ‹ déficit démocratique › […] puisque cette collaboration, tout comme sa mise en œuvre, échappe en partie au contrôle des parlements et des populations des cantons et des communes partenaires »[656]. Le parlement perd alors sa faculté de contrôler ou d'influencer l'action de l'État puisqu'il n'a pas la possibilité d'intervenir directement au sein de l'autorité intercantonale

650 ABDERHALDEN (1999), 155.

651 DTAP (1998), Rapport explicatif du 25 mars 1998 relatif à la révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics, 5.

652 DTAP (1993), Rapport explicatif du 15 décembre 1993 concernant les principes législatifs relatifs à la passation des marchés publics dans les cantons, 7.

653 Ibid, 8.

654 Ibid, 13.

655 POLTIER (2014), 63.

656 JEANNERAT (2018), 131.

concernée[657]. Certes, les parlements renoncent eux-mêmes à cette faculté. Ils ne sont pas forcés d'adhérer à un concordat. En pratique, nous verrons toutefois que dans un domaine comme les marchés publics, qui requiert une harmonisation nationale, il est généralement compliqué pour les parlements cantonaux de maintenir une grande marge de manœuvre[658].

#### 4.2.2.2. AIMP 2001

La conclusion de l'accord bilatéral avec l'Union européenne sur certains aspects des marchés publics a engendré la nécessité d'adapter l'AIMP 1994 à ces nouvelles dispositions[659]. À cet effet, un groupe de travail rassemblant plusieurs chefs et cheffes de services cantonaux ainsi que le secrétariat de la DTAP a été constitué afin d'élaborer une proposition de révision[660]. L'AIMP révisé[661] a été adopté le 15 mars 2001 par l'AiMp, avant d'être ratifié par les divers cantons.

L'AIMP 2001 étend son champ d'application aux entités et aux domaines couverts par l'accord bilatéral (art. 8 al. 1 AIMP 2001) et harmonise les valeurs seuils au niveau interne conformément à la LMI. Comme l'accord de 1994, il ne réglemente toutefois que les principes généraux relatifs aux marchés publics cantonaux ; les autorités législatives cantonales restent compétentes pour adopter les règles d'application[662].

Tous les cantons ont adopté des dispositions cantonales d'application de l'AIMP 2001. Dans la plupart des cantons, ces dispositions figurent dans une loi adoptée par le parlement (AG, AI, AR, BL, BS, BE, FR, GL, GR, JU, LU, NE, NW, OW, SO, TI, TG, UR, VD, ZG) complétée par un ou plusieurs règlements d'application adoptés par le gouvernement. Dans d'autres cantons, le parlement a simplement autorisé le gouvernement à adhérer à l'AIMP (GE, SH, SZ, SG, VS, ZH) et les dispositions d'application ont été adoptées par l'exécutif.

Les cantons ont notamment dû préciser, dans leurs législations internes, les modalités de la procédure de soumission (annonce obligatoire de la pondération des critères d'adjudication[663] et communication du procès-verbal

657 Ibid, 133.

658 Voir point 4.2.3 ci-dessous.

659 DTAP, Message-type de la DTAP du 15 mars 2001 relatif à la révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics AIMP, 2.

660 DTAP (1998), Rapport explicatif du 25 mars 1998 relatif à la révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics, 13.

661 Accord intercantonal du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marches publics (AIMP, abrogé) ; RO 2003 106.

662 POLTIER (2014), 63.

663 Ibid, 183.

d'ouverture des offres aux soumissionnaires[664] dans de nombreux cantons) ainsi que les modalités de la procédure de recours (désignation de l'autorité juridictionnelle compétente[665], choix du nombre d'instances[666], ouverture d'une voie de recours en présence de marchés dépassant les valeurs seuils fixées par les accords internationaux[667], définition des actes attaquables[668]). Avec l'AIMP 2001, les autorités législatives cantonales sont donc restées compétentes pour régler certains détails liés à l'application de l'accord.

Un tel mécanisme, qui édicte des dispositions cadres non exhaustives, permet d'assurer la mise en œuvre du droit international tout en préservant certaines particularités cantonales. Comme nous le verrons ci-dessous, avec l'adoption de l'AIMP 2019, cette marge de manœuvre a toutefois été nettement réduite, accroissant les inquiétudes de certains parlements cantonaux en lien avec leurs compétences législatives[669].

### 4.2.3. L'« harmonisation » par le groupe de travail AURORA

La révision de l'AMP (AMP 2012) a engendré un nouveau besoin de réviser le droit intercantonal des marchés publics. Cette révision a été réalisée simultanément à celle de la loi fédérale au sein d'un groupe de travail nommé AURORA. Constitué à parité de représentants de la Confédération et des cantons[670], son but était « non seulement de parvenir à une mise en œuvre cohérente, sur les plans matériel et formel, de l'AMP révisé dans les législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics, mais également d'harmoniser autant que possible ces dernières, dans le respect de la répartition des compétences entre Confédération et cantons »[671]. Les travaux de ce groupe de travail ont abouti à la rédaction d'un projet d'AIMP révisé (AIMP 2019) et d'un projet de LMP révisée, en grande partie identiques[672]. Après deux procédures de consultation séparées, la LMP a été adoptée par le parlement le 21 juin 2019[673] et

664 Ibid, 185.

665 Ibid, 253.

666 Ibid, 254.

667 Ibid, 256.

668 Ibid, 258.

669 Il s'agit notamment des parlements valaisan, genevois et vaudois. Voir point 4.2.3 ci-après.

670 CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, 1710.

671 Ibid.

672 Ibid.

673 Loi fédérale sur les marchés publics du 21 juin 2019 (LMP, RS 172.056.1).

l'AIMP révisé a été adopté par l'Autorité intercantonale pour les marchés publics le 15 novembre 2019 lors d'une assemblée plénière extraordinaire[674]. Actuellement deux cantons ont déjà adhéré à l'AIMP 2019 et quinze cantons ont lancé la procédure à cet effet[675].

Comme nous allons le voir, cette procédure d'harmonisation a posé certains problèmes sous l'angle de la séparation des pouvoirs et du fédéralisme. Pour commencer, les travaux du groupe de travail ont été menés uniquement par des membres de l'exécutif fédéral et des exécutifs cantonaux, à l'exclusion des parlementaires[676]. L'éviction des parlementaires n'a pas pu être compensée par la suite puisque ces derniers n'ont pas eu la possibilité de se prononcer sur le projet d'AIMP. Au contraire, l'AiMp a invité uniquement les gouvernements cantonaux à prendre position sur le projet d'AIMP révisé[677]. En particulier, l'AiMp n'a pas consulté le Bureau interparlementaire de coordination (BIC) contrairement à l'art. 6 al. 1 de la Convention relative à la participation des Parlements cantonaux dans le cadre de l'élaboration, de la ratification, de l'exécution et de la modification des conventions intercantonales et des traités des cantons avec l'étranger (CoParl)[678]. Selon cet article, les conférences régionales spécialisées sont obligées d'informer le BIC des conventions intercantonales en cours d'élaboration sous leur égide[679]. Lorsque le BIC a appris que le projet avait été mis en consultation auprès des gouvernements cantonaux, il a pris contact avec l'AiMp afin que le projet soit également soumis aux parlements cantonaux signataires de la CoParl[680]. Les parlements concernés ont

674 DTAP (2019), Communiqué de presse AiMp du 18 novembre 2019.

675 CONFÉRENCE SUISSE DES DIRECTEURS CANTONAUX DES TRAVAUX PUBLICS, AIMP révisé.

676 Information issue d'un échange de courriels avec la Conférence des Achats de la Confédération (CA) en date du 2 juin 2021.

677 AUTORITÉ INTERCANTONALE POUR LES MARCHÉS PUBLICS, Lettre du 22 septembre 2014 adressée aux gouvernements cantonaux en lien avec la consultation sur l'accord intercantonal sur les marchés publics, 1.

678 La Convention relative à la participation des Parlements cantonaux dans le cadre de l'élaboration, de la ratification, de l'exécution et de la modification des conventions intercantonales et des traités des cantons avec l'étranger (CoParl), adoptée le 5 mars 2010, est une convention conclue entre les cantons de Berne, Fribourg, Genève, Jura, Neuchâtel et Vaud. Elle a pour but de consolider les droits de participation des parlements lors de la négociation et de la mise en œuvre de conventions intercantonales. Elle a remplacé la Convention relative à la négociation, à la ratification, à l'exécution et à la modification des conventions intercantonales et des traités des cantons avec l'étranger (« Convention des conventions ») qui avait été adoptée par les mêmes cantons le 9 mars 2001.

679 La DTAP aurait dû se charger de cette communication en l'espèce.

680 BUREAU INTERPARLEMENTAIRE DE COORDINATION, Rapport de gestion pour l'année 2015 du 31 décembre 2015, 4.

alors obtenu un délai supplémentaire pour se prononcer et ont décidé, conformément à l'art. 9 al. 1 CoParl, d'instituer une commission interparlementaire chargée de se déterminer sur le projet d'accord[681]. Dans ce délai, la commission interparlementaire ainsi que les parlements vaudois et valaisans ont pris position et ont transmis leurs rapports respectifs à l'AiMp[682]. Dans la prise de position de la commission interparlementaire, deux cantons (VS, GE) ont manifesté leur regret face à la perte d'autonomie cantonale engendrée par la révision[683]. Deux autres cantons (NE, FR) ont, au contraire, estimé que la création de la commission n'aurait pas été nécessaire compte tenu de la technicité du sujet[684]. Dans sa prise de position du 15 décembre 2014, la Commission thématique des affaires extérieures du Grand Conseil vaudois (CTAE) a quant à elle exprimé son mécontentement quant à l'absence de consultation des parlements cantonaux : « La CTAE trouve inadmissible que la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP) n'ait pas respecté la procédure habituelle de consultation des parlements telle que définie dans la CoParl »[685]. La délégation aux affaires extérieures du Grand Conseil valaisan a appuyé sur le fait qu'elle souhaitait « que les cantons puissent conserver une certaine marge de manœuvre dans l'application des dispositions relatives aux marchés publics » et a demandé l'ajout d'une disposition allant dans ce sens[686]. Ces diverses opinions montrent bien, à notre avis, l'ambivalence que peut créer un accord intercantonal de ce type auprès des autorités législatives cantonales. D'une part, il permet de mettre en œuvre des dispositions techniques issues du droit international public : certains parlements cantonaux (FR, NE) semblent d'ailleurs satisfaits à l'idée de déléguer cette tâche à un groupe de travail spécialisé[687]. D'autre

681 Ibid.

682 AUTORITÉ INTERCANTONALE POUR LES MARCHÉS PUBLICS, Rapport de consultation sur le projet d'Accord intercantonal sur les marchés publics révisé (P-AIMP) du 17 septembre 2015, 9.

683 COMMISSION INTERPARLEMENTAIRE CHARGÉE DE L'EXAMEN DU PROJET DE MODIFICATION DE L'ACCORD INTERCANTONAL SUR LES MARCHÉS PUBLICS (AIMP) (2015), Rapport final et prise de position du 28 mai 2015, 3.

684 Ibid, 3s.

685 COMMISSION THÉMATIQUE DES AFFAIRES EXTÉRIEURES (CTAE) DU GRAND CONSEIL VAUDOIS, Commentaires et prise de position du 15 décembre 2014 de la Commission thématique des affaires extérieures (CTAE) du Grand Conseil vaudois sur la révision de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), 1.

686 DÉLÉGATION AUX AFFAIRES EXTÉRIEURES DU GRAND CONSEIL VALAISAN (2014), Lettre du 15 décembre 2014 à la DEET – Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), 1.

687 COMMISSION INTERPARLEMENTAIRE CHARGÉE DE L'EXAMEN DU PROJET DE MODIFICATION DE L'ACCORD INTERCANTONAL SUR LES MARCHÉS PUBLICS (AIMP) (2015), Rapport final et prise de position du 28 mai 2015, 3s.

part, il est évident qu'un tel accord d'harmonisation réduit considérablement la marge de manœuvre des autorités législatives cantonales. Comme l'illustre l'exemple du canton de Vaud présenté ci-dessus, la perte de pouvoir des parlements cantonaux n'est pas toujours bien acceptée.

Le cas du canton de Berne est également intéressant. Dans sa loi relative à l'adhésion à l'AIMP 2019, le parlement bernois a inséré une réserve à l'accord[688]. Ainsi, contrairement à l'AIMP, qui prévoit une seule instance de recours au niveau cantonal (art. 52 al. AIMP), la loi bernoise maintient deux instances cantonales de recours. Une telle réserve constitue une nouveauté dans l'ordre juridique suisse[689] et met en lumière les limites d'un mécanisme d'harmonisation comme l'AIMP. L'émission d'une réserve à l'accord par le Grand Conseil bernois montre en effet que les parlementaires cantonaux peuvent parfois être réticents à accepter tel quel un texte dont ils n'ont pas eu l'occasion de discuter au préalable. Dans le cas d'espèce, les parlementaires bernois se sont montrés particulièrement déterminés puisqu'ils ont introduit la réserve malgré les avis contraires du Conseil-exécutif[690] et de HANS RUDOLF TRÜEB[691], sollicité pour rédiger un avis de droit sur la question. En se fondant sur les méthodes d'interprétation consacrées par la CVT, TRÜEB était d'avis que la réserve envisagée irait à l'encontre de l'objet et du but de l'accord, à savoir l'harmonisation du droit suisse des marchés publics, y compris d'un point de vue procédural[692]. Dans ces conditions, il estimait que l'adhésion du canton de Berne à l'AIMP assortie d'une réserve ne serait envisageable qu'avec l'accord de tous les autres cantons[693]. D'un point de vue politique, le Conseil-exécutif considérait quant à lui que la réserve constituerait « un acte inamical à l'égard des autres cantons et de la Confédération » et pourrait inciter d'autres cantons à émettre des réserves, ce qui nuirait à l'objectif d'unification du droit

688 Voir les art. 3 et 6 de la loi concernant l'adhésion à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 8 juin 2021, entrée en vigueur le 1er février 2022 (LAIMP, RSB 731.2).

689 Voir en ce sens : TRÜEB/GÖTZINGER (2021), Rechtsgutachten vom 26. Januar 2021, 17 ; CONSEIL-EXÉCUTIF DU CANTON DE BERNE (2021), Loi concernant l'adhésion à l'accord intercantonal sur les marchés publics (LAIMP). Complément du 17 février 2021 au rapport du 18 novembre 2020 concernant la proposition du 28 janvier 2021 de la majorité de la Commission des finances au sujet des articles 2a, 2b et 3a (réserve en faveur de la double instance de recours), 5.

690 CONSEIL-EXÉCUTIF DU CANTON DE BERNE (2021), Loi concernant l'adhésion à l'accord intercantonal sur les marchés publics (LAIMP). Complément du 17 février 2021 au rapport du 18 novembre 2020 concernant la proposition du 28 janvier 2021 de la majorité de la Commission des finances au sujet des articles 2a, 2b et 3a (réserve en faveur de la double instance de recours).

691 TRÜEB/GÖTZINGER (2021), Rechtsgutachten vom 26. Januar 2021.

692 Ibid, 11.

693 Ibid, 17.

à l'échelle nationale[694]. Malgré ces avis défavorables, les parlementaires bernois ont décidé par 81 voix contre 65 et 5 abstentions d'introduire une réserve à l'AIMP dans la loi relative à son adhésion[695]. En tenant compte de l'avis de HANS RUDOLF TRÜEB selon lequel une telle réserve empêcherait vraisemblablement l'adhésion du canton de Berne à l'accord, ils ont également adopté une disposition prévoyant que « [s]i l'adhésion du canton à l'AIMP ne peut être effective avec les réserves prévues à l'art. 3, l'AIMP s'applique par analogie comme droit cantonal ayant le rang de loi, avec ces réserves et conformément au présent article »[696]. Au sujet d'éventuelles réserves à une convention intercantonale, ELOI JEANNERAT considère aussi qu'elles sont inadmissibles, à moins d'être expressément autorisées par la convention[697]. Nous estimons aussi que l'introduction d'une réserve à une convention intercantonale serait problématique. Comme ces conventions visent à coordonner les activités cantonales dans un domaine choisi, l'acceptation d'une réserve irait à l'encontre de cet objectif et réduirait par ailleurs la sécurité juridique. La LAIMP bernoise étant entrée en vigueur le 1er février 2022, il sera intéressant de suivre les développements relatifs à l'adhésion du canton de Berne à l'accord.

Le mécanisme discuté ici – l'harmonisation par l'intermédiaire d'un groupe de travail paritaire – doit être qualifié de *poya* dans la mesure où il cherche à coordonner l'action des autorités législatives fédérale et cantonales. Comme nous l'avons vu, ce type de mécanismes est très utile pour mettre en œuvre le droit international de manière harmonisée lorsque cela est nécessaire. Toutefois, lorsque cette harmonisation est effectuée sans consulter les parlements cantonaux, nous avons vu que l'objectif de coordination pouvait être mis à mal, comme l'illustre en particulier la réserve adoptée par le parlement bernois. En pratique, il est peu probable que cet événement isolé contrevienne au processus d'harmonisation général dans ce domaine. Selon toute vraisemblance, il posera cependant certaines difficultés à l'AiMp, qui devra trancher la validité de l'adhésion du canton de Berne à l'accord. À notre avis, cela aurait pu être évité en augmentant le niveau de participation des parlements lors du processus de négociation de l'accord.

---

694 CONSEIL-EXÉCUTIF DU CANTON DE BERNE (2021), Loi concernant l'adhésion à l'accord intercantonal sur les marchés publics (LAIMP). Complément du 17 février 2021 au rapport du 18 novembre 2020 concernant la proposition du 28 janvier 2021 de la majorité de la Commission des finances au sujet des articles 2a, 2b et 3a (réserve en faveur de la double instance de recours), 6.

695 BO/BE, 8 juin 2021 (matin), 11.

696 Art. 4 al. 1 LAIMP.

697 JEANNERAT (2018), 648.

## 4.3. Conclusion

Le droit des marchés publics est un domaine qui a été coordonné par des accords internationaux au niveau régional et international. Une mise en œuvre individuelle de ces règles par chaque canton suisse serait non seulement longue et peu efficace mais comporterait aussi le risque que les obligations contenues dans ces traités soient appliquées de manière différente dans chaque canton. Il en résulte une nécessité de coordonner la mise en œuvre de ces traités internationaux à l'échelon national[698].

En Suisse, cette mise en œuvre a, dans un premier temps, été coordonnée par la fixation d'exigences minimales dans la LMI et l'adoption des deux premières versions de l'AIMP (AIMP 1994 et AIMP 2001). Ces mécanismes ont permis d'harmoniser les pratiques cantonales dans un domaine éminemment technique et de mettre en œuvre de manière coordonnée les dispositions pertinentes du droit international tout en préservant une certaine marge de manœuvre dans la mise en œuvre au niveau cantonal[699]. Les cantons ont ainsi pu éviter l'uniformisation au niveau fédéral. Cette solution a toutefois soulevé plusieurs questions délicates en lien avec la séparation des pouvoirs. En effet, en faisant glisser les compétences des parlements cantonaux vers une autorité intercantonale composée de membres issus des divers gouvernements cantonaux, la marge de manœuvre des autorités législatives cantonales a été nettement réduite. La DTAP l'a d'ailleurs elle-même reconnu, estimant que le système mis en place ne laissait aux parlements cantonaux « que très peu de possibilités de légiférer indépendamment »[700].

Malgré ce constat, la solution adoptée pour mettre en œuvre l'AMP 2012 n'a pas cherché à améliorer la situation des parlements cantonaux. Au contraire, comme nous l'avons vu dans la section précédente, les parlements ont été évincés du processus commun de rédaction de l'AIMP et de la LMP 2019. Plusieurs exemples mentionnés dans ce chapitre ont pourtant montré que les parlements ont cherché à maintenir une certaine influence sur le processus législatif intercantonal. Certes, l'harmonisation entreprise par le groupe de travail AURORA était nécessaire, comme le relève une partie de la doctrine[701]. Cependant, elle aurait dû donner aux parlementaires la possibilité de donner leur avis au moment de l'élaboration du projet, et ce pour au moins deux raisons. Premièrement, il est important que les parlementaires puissent proposer des

698 THALMANN (2000), 309.

699 ABDERHALDEN (1999), 155.

700 DTAP (1998), Rapport explicatif du 25 mars 1998 relatif à la révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics, 14.

701 ZUFFEREY (2020), 30 ; STEINER (2020), 8.

amendements afin de tenir compte de toutes les spécificités cantonales et de renforcer ainsi la légitimité démocratique de l'accord. Deuxièmement, la consultation des parlementaires permet d'accroître la confiance des citoyennes et des citoyens et de « [désamorcer] les potentielles oppositions qui pourraient survenir au moment de la mise en œuvre »[702]. L'exemple du canton de Berne évoqué ci-dessus montre bien que la limitation de la marge de manœuvre des parlements peut engendrer des problèmes au moment de la mise en œuvre cantonale de l'accord. Ainsi, même si une collaboration intercantonale efficace est nécessaire pour la mise en œuvre des dispositions internationales relatives aux marchés publics, elle ne devrait pas s'effectuer au détriment des parlementaires cantonaux. Comme nous l'avons vu, leur mise à l'écart a plutôt tendance à compliquer et ralentir le processus de mise en œuvre dans certains cantons.

S'agissant de la qualification des mécanismes utilisés pour mettre en œuvre le droit international des marchés publics (harmonisation minimale dans la LMI, concordat intercantonal et groupe de travail paritaire), il s'agit exclusivement de mécanismes de type *poya*, dont le but est de coordonner l'activité des autorités législatives cantonales. Contrairement à l'obligation de réaliser la libre circulation des avocats et des avocates, aucun mécanisme complémentaire n'a été mis en place dans ce cas. À notre avis, cette différence peut s'expliquer par un degré d'harmonisation très élevé dans le domaine des marchés publics, surtout depuis l'adoption de la LMP 2019 et de l'AIMP 2019. Comme le relève CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, l'AIMP révisé règle en grande partie tous les domaines du droit des marchés publics au niveau cantonal[703]. Partant, les cantons ne disposent plus que d'une marge de manœuvre minimale pour édicter des dispositions d'exécution[704]. Dans ces conditions, il nous semble que l'« harmonisation » qui a été effectuée au sein du groupe de travail AURORA se rapproche en réalité plutôt d'une uniformisation des législations. Nous reviendrons sur cette question à la fin de ce travail[705].

Le chapitre suivant est consacré à l'analyse d'une dernière obligation issue des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE : l'obligation de reprendre l'acquis de Schengen relatif à la protection des données. Cette étude de cas nous permettra d'analyser un troisième mécanisme de type *poya :* le guide intercantonal de mise en œuvre. Comme nous le verrons, dans ce cas, la mise en œuvre a très bien fonctionné grâce à ce mécanisme, sans uniformisation ni harmonisation quasi-totale des législations cantonales.

702 JEANNERAT (2018).

703 SCHNEIDER HEUSI (2021), 7.

704 Ibid.

705 Voir point 9.2.4.

# 5. La mise en œuvre de l'acquis de Schengen sur la protection des données grâce à une harmonisation douce

Le 26 octobre 2004, la Suisse a signé les Accords bilatéraux II avec l'Union européenne, ce qui a engendré une nouvelle série d'obligations à l'égard des autorités internes des parties. Dans ce chapitre, nous nous intéressons à l'un de ces accords : l'accord d'association de la Suisse à Schengen (AAS)[706] et plus particulièrement à l'obligation de la Suisse de reprendre l'acquis de Schengen en matière de protection des données. L'AAS est basé sur le principe de reprise de l'acquis de l'UE[707]. En matière de protection des données, cet acquis est composé de divers actes de l'UE. Comme nous le verrons, leur reprise en droit suisse impose une obligation de légiférer aux autorités législatives internes compétentes (point 5.1).

Dans l'ordre juridique suisse, la mise en œuvre de cette obligation a été rendue possible grâce à plusieurs mécanismes, qui sont détaillés au point 5.2 ci-dessous. Comme nous le verrons, un guide rédigé par un expert à l'attention de tous les cantons *(poya)* a joué un rôle prépondérant dans le processus de mise en œuvre.

Avant d'entamer l'analyse de l'obligation évoquée ci-dessus, il nous paraît encore nécessaire de préciser brièvement les notions de « protection des données », « données personnelles » et « traitement de données ». Ainsi, dans le présent chapitre, lorsque nous parlons de « protection des données », nous faisons référence aux normes d'encadrement issues de l'acquis de Schengen qui visent à protéger les « données personnelles » des personnes qui font l'objet d'un « traitement de données »[708]. Les « données personnelles » font référence aux données protégées par l'acquis de Schengen sur la protection des données repris par la Suisse. Il s'agit uniquement des données collectées ou

706 Accord entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen du 26 octobre 2004 (AAS, RS 0.362.31).

707 À ce sujet, voir point 1.2.2.

708 MEIER (2011), 63.

traitées dans les domaines couverts par l'accord, qui sont listés aux annexes A et B de l'AAS[709]. Enfin, lorsque l'on parle de « traitement de données », nous nous référons à la définition de cette notion telle qu'elle ressort de l'acquis repris par la Suisse[710].

# 5.1. L'obligation internationale de légiférer

L'obligation internationale étudiée dans le présent chapitre consiste à mettre en œuvre, en droit suisse, l'acquis de Schengen relatif à la protection des données dans les domaines couverts par l'accord d'association de la Suisse à Schengen. Pour saisir la portée de cette obligation, nous commencerons par présenter les normes de droit international dont elle découle (point 5.1.1) avant de nous concentrer sur le droit interne suisse (point 5.1.2).

## 5.1.1. Les sources internationales de l'obligation

L'obligation de mettre en œuvre l'acquis de Schengen sur la protection des données découle de l'accord d'association de la Suisse à Schengen (point 5.1.1.1) ainsi que des diverses normes de l'acquis relatif à la protection des données repris par la Suisse (point 5.1.1.2).

### 5.1.1.1. L'accord d'association de la Suisse à Schengen (AAS)

Le traité qui fonde l'obligation de la Suisse de reprendre l'acquis de Schengen relatif à la protection des données est l'accord d'association de la Suisse à Schengen (AAS), signé en 2004 entre la Suisse et l'UE. Il a été approuvé par le peuple le 5 juin 2005 à la suite d'un référendum facultatif[711] et il est entré en vigueur le 1er mars 2008. Son application effective, en revanche, n'est inter-

709 CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 1er octobre 2004 relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, y compris les actes législatifs relatifs à la transposition des accords (« accords bilatéraux II »), 5798 ; BELSER/EPINEY/WALDMANN (2011), 286.

710 Voir les art. 2 let. b de la directive 95/45 et 3 para. 2 de la directive 2016/680, qui définissent le traitement de données de manière presque identique. Ainsi, selon l'art. 3 para. 2 de la directive 2016/680, il s'agit de « toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel ou des ensembles de données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction ».

711 FF 2005, 4891.

venue que le 12 décembre 2008, après l'adaptation du droit suisse à ses dispositions[712]. Selon l'art. 2 para. 1 AAS, la Suisse a en effet l'obligation de mettre en œuvre et d'appliquer les dispositions de l'acquis de Schengen énumérées aux annexes A et B de l'accord. L'art. 15 para. 1 précise que ces dispositions ne peuvent être appliquées par la Suisse uniquement après qu'elle aura « rempli les conditions préalables à la mise en œuvre des dispositions pertinentes ». Dans ces conditions, à l'exception de quelques dispositions applicables dès sa signature (art. 14 al. 2 AAS), l'application de l'accord était conditionnée à la reprise de l'acquis en droit suisse[713]. Cet accord a ainsi obligé les autorités suisses à agir rapidement. Si elles voulaient bénéficier de Schengen, elles devaient d'abord adapter leur droit aux dispositions contenues dans l'acquis mentionné par l'accord[714]. Nous analyserons dans la section suivante les dispositions de l'acquis relatives à la protection des données pour voir dans quelle mesure elles ont imposé une obligation de légiférer à la charge des autorités suisses.

Au préalable, il est nécessaire d'aborder la question du caractère dynamique de l'AAS, ce qui le différencie des deux accords étudiés dans les chapitres précédents, qui sont des accords statiques. Conformément à l'art. 7 de l'accord, la Suisse s'engage à reprendre non seulement l'acquis de Schengen existant au moment de la signature mais également les nouveaux développements de l'acquis adoptés au sein de l'UE[715]. Cela signifie que la législation interne doit être modifiée si la reprise d'un acte nécessite une adaptation du droit suisse pour être applicable. Lorsqu'une telle modification législative est requise, l'autorité législative fédérale ou cantonale est compétente selon l'objet de la modification concernée[716]. Dans tous les cas, la Suisse dispose d'un délai maximal de deux ans pour reprendre un nouveau développement de

712 Voir CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE (2008), Décision du 17 novembre 2008 relative à l'application de la totalité des dispositions de l'acquis de Schengen dans la Confédération suisse (14798/08), 5. Dans cette décision, le Conseil de l'Union européenne a confirmé que les conditions nécessaires à l'application de l'acquis de Schengen étaient remplies. Par conséquent, il a décidé que « [l]'ensemble des dispositions visées aux annexes A et B de l'accord et tout acte constituant un développement d'une ou plusieurs de ces dispositions s'appliquent à la Confédération suisse […] à compter du 12 décembre 2008 ».

713 CORNU (2006), 229.

714 Selon BEAT RUDIN (entretien du 11 janvier 2021), les départements cantonaux en charge de la police avaient un grand intérêt à faire partie de Schengen – en particulier à recevoir des informations du système d'information Schengen (SIS). Ils ont donc exercé une certaine pression pour que l'acquis soit rapidement mis en œuvre.

715 CORNU (2006), 232.

716 CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 1er octobre 2004 relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, y compris les actes législatifs relatifs à la transposition des accords (« accords bilatéraux II »), 5756.

l'acquis[717]. L'accord d'association à Schengen est en effet conçu de manière à permettre l'adaptation de la coopération entre la Suisse et les autres États de l'espace Schengen aux menaces et aux besoins actuels[718].

Dans le domaine de la protection des données, la Convention d'application de l'Accord de Schengen (CAAS)[719], ainsi que plusieurs directives européennes faisant partie de l'acquis de Schengen créent des obligations à l'égard des autorités internes suisses. Ces actes sont analysés ci-dessous dans le but de mettre en lumière l'obligation, à la charge des autorités suisses, d'adapter leur droit de la protection des données en conséquence.

#### 5.1.1.2. L'acquis de Schengen relatif à la protection des données

La CAAS complétée par plusieurs accords connexes, forment ensemble l'« acquis de Schengen »[720]. Intégré dans le cadre institutionnel et juridique de l'UE par le Traité d'Amsterdam en 1997, l'acquis de Schengen comprend aujourd'hui un ensemble de règles qui doivent être appliquées simultanément et de la même manière dans l'« espace Schengen »[721]. Ci-dessous, nous nous attardons uniquement sur les dispositions de l'acquis qui concernent le traitement de données.

##### 5.1.1.2.1. La CAAS

La majorité des dispositions de la CAAS font partie de l'acquis de Schengen repris par la Suisse[722]. Tel est notamment le cas des dispositions relatives au traitement des données. Il s'agit, d'une part, des art. 102 à 108 CAAS – qui règlent de manière détaillée le traitement des données dans le cadre du système d'information Schengen (SIS) – et d'autre part, des art. 126 à 130 CAAS, qui traitent quant à eux du transfert de données dans les domaines de coopération hors SIS[723]. Dans les deux cas, les art. 117 al. 1 et 126 al. 1 CAAS demandent aux parties de prendre les dispositions nationales nécessaires aux fins de réaliser un niveau de protection qui soit au moins égal à celui découlant des principes de

717 Voir l'art. 7 § 2 let. b AAS.

718 ALBERTINI (2013), 3.

719 Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes (CAAS ; JO nº L 239 du 22/09/2000).

720 ALBERTINI (2013), 2.

721 CORNU (2006), 212.

722 Voir la liste des exceptions dans la Partie 1 de l'Annexe A de l'AAS.

723 CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 1er octobre 2004 relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, y compris les actes législatifs relatifs à la transposition des accords (« accords bilatéraux II »), 5733s.

la Convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel. La Convention du Conseil de l'Europe, à laquelle renvoie la CAAS, est entrée en vigueur le 1er février 1998 pour la Suisse[724]. À son art. 4 al. 1, ladite Convention prévoit que « [c]haque Partie prend, dans son droit interne, les mesures nécessaires pour donner effet aux principes de base pour la protection des données énoncés [aux art. 5–11] »[725]. La lecture de cette disposition permet d'en déduire une obligation, à la charge des États parties, d'adopter les mesures nécessaires pour mettre en œuvre les dispositions matérielles de la Convention. Cette interprétation est confirmée par le rapport explicatif relatif à cette Convention, qui indique que les dispositions qu'elle contient ne sont pas *self-executing*[726]. Le rapport précise que « les ‹ mesures nécessaires dans son droit interne › peuvent revêtir, outre la loi, différentes formes telles que règlements, directives administratives, etc. »[727]. La Convention du Conseil de l'Europe – à laquelle renvoie la CAAS – impose donc aux États parties une obligation de prendre des mesures, notamment législatives, afin de mettre en œuvre la Convention.

##### 5.1.1.2.2. La directive 95/46/CE

Considérée comme l'« instrument législatif central »[728] de la protection des données au sein de l'Union européenne, la directive 95/46/CE fait partie de l'acquis repris par la Suisse, conformément à l'Annexe B de l'accord. Elle réglemente tout traitement automatisé de données à caractère personnel ainsi que tout traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier. Elle élargit et concrétise les principes de protection fixés dans la Convention du Conseil de l'Europe, en exigeant

724 Lors de sa 128ème session du 18 mai 2018, le Comité des Ministres a adopté un protocole d'amendement de la Convention, qui sera ouvert à la signature le 10 octobre 2018 et qui vise à moderniser ce texte. Elle sera obligatoire pour les cantons si la Suisse la ratifie. Voir RUDIN (2017), 58.

725 Les principes en question ont trait notamment à la qualité des données, à leur sécurité, aux droits des particuliers en lien avec les données à caractère personnel les concernant ou aux voies de recours devant être mises en place par les États parties.

726 CONSEIL DE L'EUROPE (1981), Rapport explicatif de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, 9.

727 Ibid.

728 COMMISSION EUROPÉENNE, Communication de la Commission européenne au Parlement européen du 11 avril 2016 concernant la position du Conseil sur l'adoption d'un règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données) et abrogeant la directive 95/46/CE, 2.

notamment la mise en place d'une autorité de contrôle chargée de surveiller les dispositions adoptées dans les ordres juridiques nationaux en application de la directive[729]. Comme toutes les directives européennes, les dispositions contenues par la directive 95/46 ne sont pas *self-executing*[730]. En Suisse, les principes qu'elle contient doivent donc être mis en œuvre en droit national (fédéral et cantonal)[731] dans les domaines couverts par l'AAS[732] – soit tous les domaines mentionnés aux annexes A et B de l'accord.

À la lecture des considérants précédant le texte de la directive, il apparaît que cette mise en œuvre doit être réalisée, notamment, par l'adoption de mesures législatives, le but de la directive étant le rapprochement des législations nationales[733]. L'utilisation de l'adverbe *notamment* ne laisse pas de choix aux autorités internes : elles peuvent certes adopter d'autres mesures à côté des mesures législatives, mais elles ne peuvent pas renoncer à ces dernières. Une obligation internationale de légiférer peut ainsi être déduite du texte de la directive 95/46.

Depuis le 25 mai 2018, la directive 95/46/CE a été remplacée par le Règlement général sur la protection des données (RGPD). Le RGPD n'a pas été considéré comme un développement de l'acquis de Schengen[734] et n'a par conséquent pas été notifié à la Suisse. Cela ne signifie cependant pas qu'il est dépourvu d'intérêt pour la Suisse[735]. En effet, comme le relève Beat Rudin, la Commission européenne doit toujours décider si des pays tiers (comme la Suisse) maintiennent un niveau adéquat de protection des données[736]. À son avis, après le travail colossal de modernisation de sa législation, il serait

729 Art. 28 de la directive 95/46/CE. Voir CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 1er octobre 2004 relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, y compris les actes législatifs relatifs à la transposition des accords (« accords bilatéraux II »), 5732 ; RUDIN (2009a), 222.

730 Voir l'art. 288, paragraphe 3 TFUE.

731 Voir RUDIN (2009a), 222.

732 CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 1er octobre 2004 relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, y compris les actes législatifs relatifs à la transposition des accords (« accords bilatéraux II »), 5798 ; BELSER/EPINEY/WALDMANN (2011), 286.

733 Voir notamment les considérants 8 et 9 de la directive 95/46.

734 COMMISSION EUROPÉENNE, Communication de la Commission européenne au Parlement européen du 11 avril 2016 concernant la position du Conseil sur l'adoption d'un règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données) et abrogeant la directive 95/46/CE, 4.

735 RUDIN (2017), 58.

736 Ibid.

étonnant que l'UE considère que la Suisse bénéficie toujours du niveau de protection approprié si elle n'entreprend aucune mesure[737]. Aussi, pour éviter de compliquer ses échanges économiques avec l'UE, la Confédération et les cantons suisses ont-ils tout intérêt à adapter leur législation au nouveau RGPD[738]. Il ne s'agit toutefois pas d'une obligation internationale de légiférer au sens où nous l'entendons dans la présente étude. Par conséquent, nous ne traiterons pas de la mise en œuvre de ce règlement en droit interne.

##### 5.1.1.2.3. La décision-cadre 2008/977 et la directive (UE) 2016/680

La directive 95/46/CE, respectivement le RGPD, ne réglementent pas le traitement des données dans le cadre de la poursuite pénale et de la coopération policière et judiciaire. Pour combler cette lacune, l'Union européenne a adopté, le 27 novembre 2008, la décision-cadre 2008/977. Cet acte est un développement de l'acquis de Schengen repris par la Suisse[739] et il a pour but de réglementer la protection des données dans le cadre de la coopération policière et judiciaire instaurée par Schengen. Les décisions-cadre, qui constituaient l'un des instruments du Conseil de l'UE avant l'adoption du traité de Lisbonne, visent à rapprocher les dispositions législatives et réglementaires des États membres[740]. Ainsi, les États liés par de telles décisions-cadre ont une obligation de prendre des mesures, notamment législatives, visant à mettre en œuvre les objectifs qu'elles contiennent.

La décision-cadre 2008/977 a été remplacée par la directive (UE) 2016/680 le 27 avril 2016. Cette directive constitue un développement de l'acquis de Schengen et elle a été notifiée à la Suisse le 1er août 2016. Comme il s'agit d'une directive, elle doit être mise en œuvre dans les ordres juridiques internes des États membres. La Suisse avait un délai de deux ans pour la mettre en œuvre, soit jusqu'au 1er août 2018. Au niveau fédéral, cette directive a été mise en œuvre par la loi fédérale sur la protection des données personnelles dans le cadre de l'application de l'acquis de Schengen dans le domaine pénal[741]. Les cantons doivent également adapter leur droit de la protection des données à ces nouvelles dispositions[742]. Cette révision est en cours, mais n'est pas encore achevée dans tous les cantons. Nous y reviendrons au point 5.2.1.2 ci-dessous.

737 Ibid, 59.

738 Ibid.

739 RO 2010 3417.

740 Voir l'art. 34, para. 1, let. b du Traité sur l'Union européenne (2002) avant la réforme du traité de Lisbonne.

741 Loi fédérale sur la protection des données Schengen du 28 septembre 2018 (LPDS; RS 235.3).

742 RUDIN (2017), 58.

Compte tenu de ce qui précède, il est possible d'affirmer que l'acquis de Schengen relatif à la protection des données impose aux autorités internes suisses une obligation de légiférer dans le domaine de la protection de données. Pour que le droit suisse de la protection des données soit compatible avec les dispositions de l'acquis dans les domaines couverts par l'AAS (contrôles aux frontières, visas, armes à feu, coopération policière et judiciaire en matière pénale), une révision législative est nécessaire. La section suivante établit quelles autorités sont compétentes, en droit interne suisse, pour effectuer ces modifications.

### 5.1.2. Les débiteurs internes de l'obligation

Dans l'ordre juridique suisse, il faut distinguer le droit formel du droit matériel de la protection des données. Ces deux notions sont expliquées ci-dessous (5.1.2.1). Nous verrons ensuite ce que cette distinction implique pour la Confédération (5.1.2.2) et les cantons (5.1.2.3). Enfin, nous discuterons brièvement la possibilité de centraliser les compétences au niveau de la Confédération dans ce domaine (5.1.2.4).

#### 5.1.2.1. La distinction entre le droit formel et le droit matériel de la protection des données

La Confédération ne dispose d'aucune compétence exhaustive en matière de protection des données[743]. En effet, la Constitution ne contient pas de disposition habilitant expressément la Confédération à légiférer à cet égard[744]. Cette situation n'a pas été modifiée avec l'adoption de la Constitution de 1999[745]. Ainsi, la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en cette matière s'effectue, d'une part, en fonction de l'autonomie d'organisation des différents niveaux de l'État (droit formel de la protection des données) et, d'autre part, en fonction des dispositions de droit matériel qui règlent le traitement des données dans le cadre de l'exercice d'une tâche particulière (droit matériel de la protection des données)[746].

Le droit formel de la protection des données comprend la législation fédérale et cantonale relative à l'organisation du traitement des données par les

743 RUDIN (2009a), 215 ; BELSER/EPINEY/WALDMANN (2011), 298 ; RUDIN/STÄMPFLI (2010), 202.

744 CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 23 mars 1988 concernant la loi fédérale sur la protection des données, 432.

745 RUDIN (2009a), 215 ; BELSER/EPINEY/WALDMANN (2011), 298.

746 CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 23 mars 1988 concernant la loi fédérale sur la protection des données, 433 ; RUDIN (2009a), 215 ; RUDIN/STÄMPFLI (2010), 204.

autorités de la Confédération et des cantons[747]. Les dispositions contenues dans ces lois concrétisent les principes constitutionnels des art. 5 et 36 Cst. dans le cadre du traitement de données par des autorités publiques[748]. Le droit matériel de la protection des données se compose des dispositions fédérales et cantonales relatives au traitement de données en lien avec un domaine spécifique du droit[749]. Cette distinction a des répercussions sur la mise en œuvre des dispositions internationales concernées : si la Confédération met en œuvre une disposition issue de l'acquis de Schengen par le biais d'une loi matérielle, cette loi sera aussi applicable dans les cantons[750]. En revanche, si la Confédération choisit plutôt d'adopter une norme formelle pour mettre en œuvre l'acquis, la norme en question ne s'appliquera pas aux autorités cantonales, qui devront alors aussi adapter leur droit formel de la protection des données[751].

#### 5.1.2.2. Les compétences de la Confédération

La Confédération est compétente pour légiférer dans les domaines des activités économiques lucratives privées (art. 95 Cst.), du droit civil (art. 122 Cst.) et du droit pénal (art. 123 Cst.). Bien que ces dispositions ne mentionnent pas expressément la protection des données, il est généralement admis qu'elles habilitent la Confédération à légiférer sur la question du traitement des données dans ces domaines du droit[752]. En outre, la Confédération peut aussi légiférer lorsque la Constitution l'habilite à adopter des dispositions de droit matériel sur des questions spécifiques de droit public[753]. Les dispositions adoptées par la Confédération sur la base de compétences matérielles constituent le droit matériel fédéral de la protection des données. En vertu de son autonomie d'organisation, la Confédération est également compétente pour adopter des dispositions visant à régler le traitement de données par les autorités fédérales. Il s'agit du droit formel fédéral de la protection des données[754].

#### 5.1.2.3. Les compétences des cantons

Les cantons sont compétents pour adopter les dispositions relatives au traitement de données par des autorités cantonales (droit formel cantonal de la

747 RUDIN (2009a), 216 ; MEIER (2011), 118.
748 RUDIN/STÄMPFLI (2010), 203.
749 RUDIN (2009a), 217 ; RUDIN/STÄMPFLI (2010), 204 ; BELSER/EPINEY/WALDMANN (2011), 312.
750 RUDIN (2015), 52.
751 Ibid, 53.
752 BELSER/EPINEY/WALDMANN (2011), 299 ; RUDIN (2009a), 217.
753 BELSER/EPINEY/WALDMANN (2011), 311.
754 RUDIN (2009a), 216 ; RUDIN/STÄMPFLI (2010), 203 ; BELSER/EPINEY/WALDMANN (2011), 309.

protection des données)[755]. Dans l'exercice de cette compétence, les cantons restent naturellement liés par le droit fédéral (notamment par l'art. 13 al. 2 Cst.) et le droit international[756]. Par ailleurs, comme la Confédération, les cantons sont habilités à adopter des dispositions relatives à la protection des données dans les domaines pour lesquels ils bénéficient d'une compétence spécifique (droit matériel cantonal de la protection des données)[757]. Lorsqu'ils légifèrent dans leurs domaines de compétence (en matière d'école [art. 62 Cst.] ou de culture [art. 69 Cst.] par exemple[758]), les cantons peuvent également adopter des dispositions relatives à la protection des données[759]. Cette répartition des compétences en matière de protection des données donne lieu à une obligation, incombant aux autorités législatives fédérales et cantonales, d'adopter des dispositions législatives permettant l'application de l'acquis de Schengen en Suisse.

#### 5.1.2.4. Le débat sur la centralisation des compétences en matière de protection des données

Comme exposé ci-dessus, la Confédération ne dispose d'aucune compétence législative générale en matière de protection des données. La question d'une unification partielle de la législation générale sur la protection des données est débattue en doctrine depuis longtemps. Elle s'était déjà posée en 1977 lors des premiers débats relatifs à la création d'une loi sur la protection des données, mais la proposition fut finalement rejetée par le parlement[760]. Elle s'est à nouveau posée en 2013[761], mais elle n'a pas abouti. BEAT RUDIN considère qu'à moyen terme, il pourrait être utile de créer une nouvelle compétence fédérale dans ce domaine[762]. PHILIPPE MEIER estime quant à lui que l'absence de base constitutionnelle constitue une « lacune importante du système »[763].

La création d'une compétence fédérale permettrait d'éviter l'adaptation de 27 lois lors de chaque nouveau développement de l'acquis de Schengen relatif à la protection des données. Un tel procédé serait peut-être également

755 RUDIN/STÄMPFLI (2010), 202 ; BELSER/EPINEY/WALDMANN (2011), 314.

756 BELSER/EPINEY/WALDMANN (2011), 315.

757 Ibid, 317.

758 BUSER (2011), 67.

759 BELSER/EPINEY/WALDMANN (2011), 317.

760 MEIER (2011), 119 et 127.

761 Voir la prise de position du 9 septembre 2013 envoyé par Privatim à la Conférence des Gouvernements cantonaux, dans laquelle cette association se positionne en faveur d'une unification de la législation sur la protection des données.

762 RUDIN (2017), 59.

763 MEIER (2011), 180.

plus transparent du point de vue des autorités législatives cantonales puisque les principes qui régissent les 26 lois cantonales sur la protection des données sont d'ores et déjà largement comparables à ceux du droit fédéral[764]. Une uniformisation du droit formel de la protection des données pourrait alors être effectuée sans bouleverser complètement les normes actuellement applicables dans les différents cantons. Pour qu'une telle loi puisse être aisément appliquée par tous les cantons et toutes les communes suisses, BEAT RUDIN recommande une importante participation des cantons au processus d'élaboration d'un tel projet de loi[765]. Cette solution aurait le mérite d'accélérer le processus de mise en œuvre, ce qui constitue un avantage dans le domaine évolutif qu'est celui de la protection des données. Afin que la Suisse reste un partenaire fiable pour l'UE, il est en effet primordial qu'elle ait la faculté de s'adapter rapidement aux évolutions du droit. Actuellement, il semblerait toutefois que tous les cantons ne soient pas encore prêts à renoncer à leur autonomie dans ce domaine. BEAT RUDIN relève à cet égard que certains cantons combattent fermement la possibilité de créer une compétence législative de la Confédération en matière de protection des données, mais attendent ensuite que la Confédération légifère avant d'entamer leur propre révision législative, ce qui mène à des lenteurs peu adéquates dans le contexte géopolitique[766].

À notre avis, l'adoption d'une loi fédérale uniformisant les grands principes en matière de protection des données aurait le mérite de simplifier la mise en œuvre de l'acquis de Schengen sur la protection des données. Il ne serait ainsi plus nécessaire de modifier 27 lois à chaque évolution de l'acquis. Les parlements cantonaux seraient alors déchargés de la tâche rébarbative consistant à appliquer un guide commun[767]. En outre, les autorités législatives cantonales auraient toujours la possibilité de régler les questions de droit matériel dans leurs lois spéciales, lorsqu'elles traitent de certains aspects relatifs à la protection des données. D'un autre côté, il faut reconnaître que le système actuel, basé sur un guide de mise en œuvre[768], sensibilise les administrations et les autorités législatives cantonales aux dispositions de l'acquis de Schengen sur la protection des données. Ce système a dès lors l'avantage de faciliter le travail de ces autorités lorsqu'elles doivent appliquer ces règles à des situations concrètes relevant de leur droit matériel cantonal. Nous ne trancherons pas en faveur ou en défaveur d'une centralisation des compétences dans ce

764 RUDIN (2009b), 6s ; MEIER (2011), 180.

765 RUDIN (2017), 59.

766 RUDIN (2018), 201.

767 Voir point 5.2.1.

768 Voir point 5.2.1.

domaine. Si elle a lieu, nous espérons toutefois qu'elle laissera une certaine marge de manœuvre aux autorités législatives cantonales.

À l'issue des sections qui précèdent, nous sommes en mesure d'établir l'existence d'une obligation de légiférer, incombant notamment aux autorités législatives cantonales, de mettre en œuvre l'acquis de Schengen sur la protection des données. La prochaine section étudie les différents mécanismes qui ont été mis en place dans l'ordre juridique suisse pour encourager la mise en œuvre de cette obligation par les parlements cantonaux.

## 5.2. Les mécanismes internes de mise en œuvre

Comme annoncé en introduction, la mise en œuvre de l'acquis de Schengen par les autorités législatives cantonales a été grandement facilitée par un guide de mise en œuvre, diffusé auprès des gouvernements cantonaux par l'intermédiaire de la Conférence des gouvernements cantonaux (CdC). Dans la présente section, nous qualifions de mécanismes de mise en œuvre aussi bien le guide en tant que tel (point 5.2.1) que la manière dont il a été diffusé auprès des cantons (point 5.2.2). Comme ce fut le cas pour la mise en œuvre des dispositions de l'UE sur la libre circulation des avocats et des avocates – mais dans une moindre mesure – une ordonnance adoptée par l'exécutif a joué le rôle de mécanisme de mise en œuvre dans un canton (point 5.2.3). Enfin, il ne faut pas négliger l'impact du mécanisme de communication institutionnalisée entre la Confédération et les cantons qui a été mise en place dans le cadre des accords de Schengen et Dublin (point 5.2.4).

### 5.2.1. Un guide intercantonal de mise en œuvre

L'instrument central qui a été mis en place pour encourager la mise en œuvre de l'acquis de Schengen relatif à la protection des données dans les cantons est un guide pratique, rédigé par un expert du domaine. Ce guide a connu deux versions successives. La première version date de 2006 et a été rédigée à la suite de la signature de l'accord de Schengen/Dublin dans le but de guider les cantons dans leurs processus de mise en œuvre respectifs (point 5.2.1.1). La seconde version, qui date de 2017, vise à aider les cantons à mettre en œuvre la directive 2016/680, qui fait partie de l'acquis de Schengen repris par la Suisse (point 5.2.1.2).

#### 5.2.1.1. Le guide de 2006

Lors de la ratification de l'accord d'association de la Suisse à Schengen, afin de faciliter le travail des cantons, la CdC a confié à BEAT RUDIN[769] le mandat de rédiger un guide pratique sur la protection des données à l'attention des gouvernements des cantons suisses[770]. À l'époque, BEAT RUDIN était expert indépendant pour la Fondation pour la protection des données et la sécurité de l'information. Dans cette fonction, il avait des contacts fréquents avec BRUNO BAERISWYL, qui faisait partie du groupe de travail « protection des données » de l'Organisation d'accompagnement à Schengen/Dublin (OASD) de la Conférence des gouvernements cantonaux[771]. Les membres du groupe de travail ont constaté que le canton suisse moyen ne disposait pas des connaissances et des ressources nécessaires pour interpréter les dispositions de l'UE en matière de protection des données et les appliquer dans son ordre juridique[772]. C'est pourquoi le groupe de travail a contacté BEAT RUDIN afin de rédiger un guide de mise en œuvre[773], dont le but était de décomposer les standards minimaux prévus dans l'acquis de Schengen en éléments individuels pouvant être mis en œuvre dans les diverses législations cantonales[774]. Le résultat consiste en 1) une liste de contrôle *(checklist)* avec différents objectifs législatifs qui doivent être atteints par les cantons, et 2) un commentaire de la liste de contrôle qui décrit ces objectifs et donne des solutions possibles pour les réaliser. Une fois terminé, le guide pratique a été communiqué aux gouvernements de tous les cantons suisses au printemps 2006[775]. Peu de temps après avoir reçu le guide, plusieurs gouvernements se sont alors fondés sur celui-ci pour rédiger un rapport à l'attention du parlement visant soit une révision législative[776],

769 BEAT RUDIN est actuellement préposé à la protection des données du canton de Bâle-Ville et Professeur titulaire de droit de l'information et de la protection des données à l'Université de Bâle.

770 CONFÉRENCE DES GOUVERNEMENTS CANTONAUX (2006), Guide pratique du 15 mars 2006 – Mise en œuvre de Schengen/Dublin dans les cantons : protection des données.

771 Informations recueillies lors d'un entretien du 11 janvier 2021 avec BEAT RUDIN.

772 Ibid.

773 Ibid.

774 RUDIN (2009a), 223.

775 Informations recueillies lors d'un entretien du 11 janvier 2021 avec BEAT RUDIN.

776 Voir par exemple le rapport du 30 janvier 2008 présenté par le Conseil-exécutif du canton de Berne au Grand Conseil concernant la modification de la loi sur la protection des données (LCPD), 3 ; le rapport (« Ratschlag und Entwurf ») du 26 septembre 2007 présenté par l'exécutif du canton de Bâle-Ville au parlement concernant la révision partielle de la loi sur la protection des données (« Datenschutzgesetz »), 9 et le message du 4 mars 2008 du Conseil d'État fribourgeois au Grand Conseil, accompagnant le projet de loi modifiant la loi sur la protection des données, 1s.

soit l'élaboration d'un nouveau projet de loi sur la protection des données[777]. Dans les cantons de Bâle-Ville et de Bâle-Campagne, l'expert BEAT RUDIN a rédigé lui-même les nouvelles dispositions législatives[778], ce qui peut expliquer la célérité du processus. Il a aussi rédigé un avis de droit pour le canton de St-Gall[779] et était en contact étroit avec le délégué à la protection des données du canton de Zurich pendant le processus législatif dans ce canton[780]. Pour les autres cantons, la mise en marche rapide de la machine législative était vraisemblablement due à la pression exercée par les départements cantonaux en charge de la police afin de faire partie de Schengen[781].

Les propositions élaborées par les exécutifs cantonaux ont ensuite été adoptées par les parlements cantonaux, en général sans grandes modifications et sans créer de grands débats[782]. Selon BEAT RUDIN, les cantons étaient prêts à agir pour que l'UE ne puisse pas refuser l'adhésion de la Suisse à Schengen[783]. Lors des débats, certains parlementaires ont mentionné l'obligation internationale de transposer l'acquis de Schengen dans leur ordre juridique interne et ont considéré qu'ils n'avaient que peu de marge de manœuvre à cet égard[784]. En 2010, tous les cantons avaient adapté leur législation à l'acquis de Schengen ou adopté une nouvelle loi sur la protection des données[785]. S'agissant des dispositions cantonales adoptées, BEAT RUDIN estime que les principales idées du guide ont été reprises dans la plupart des cantons, même si les lois finalement votées comportent quelques différences[786]. En définitive,

777 Voir par exemple le rapport du 23 janvier 2007 du gouvernement du canton de Schwyz présentant la nouvelle loi sur la publicité de l'administration et la protection des données (Gesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung und den Datenschutz) ou le rapport du 20 mai 2008 du gouvernement du canton de St-Gall présentant la nouvelle loi sur la protection des données (Datenschutzgesetz).

778 Informations recueillies lors d'un entretien du 11 janvier 2021 avec BEAT RUDIN.

779 Cet avis a d'ailleurs été publié dans un ouvrage : RUDIN (2007), 7 s.

780 Informations recueillies lors d'un entretien du 11 janvier 2021 avec BEAT RUDIN.

781 Ces informations sont corroborées par l'entretien du 11 janvier 2021 avec BEAT RUDIN.

782 Voir par exemple : BO/BE du 31 mars 2008, 215, BO/BS du 16 avril 2008, 187, BO/FR du 8 mai 2008, 648s. et BO/SZ du 23 mai 2007, 1462 s.

783 Informations recueillies lors d'un entretien du 11 janvier 2021 avec BEAT RUDIN.

784 Voir par exemple: BO/FR du 8 mai 2008 2008, 647 : « l'adaptation de notre législation en matière de protection des données est une obligation due aux engagements internationaux de la Suisse. Nous n'avons que peu de marge de manœuvre […]. » BO/BS du 9 avril 2008, 180: « Die hier vorgeschlagenen Änderungen des Datenschutzgesetztes entsprechen den Schengen-Vorschriften. Damit erfüllt unser Kanton die entsprechenden Vorgaben. »

785 Le dernier canton à avoir adapté sa loi sur la protection des données est le canton de Genève, dans lequel la loi révisée est entrée en vigueur le 1er janvier 2010.

786 Informations recueillies lors d'un entretien du 11 janvier 2021 avec BEAT RUDIN.

même si la volonté d'agir était vraisemblablement issue de la pression exercée par les départements en charge de la police[787], il est indéniable que la présentation claire et le haut degré de précision du guide ont aidé les autorités cantonales à mettre en œuvre les dispositions très techniques – par ailleurs réparties dans plusieurs actes juridiques de l'UE – de l'acquis de Schengen en matière de protection des données.

#### 5.2.1.2. Le guide révisé (2017)

Dix ans après la publication du premier guide de mise en œuvre, soit le 1er août 2016, la directive 2016/680 a été notifiée à la Suisse, ce qui a engendré l'obligation d'adapter les lois cantonales à ces nouvelles dispositions. Pour faciliter le travail des cantons, le groupe de travail « protection des données » de l'Organisation d'accompagnement à Schengen/Dublin (OASD) de la Conférence des gouvernements cantonaux a donc revu entièrement le contenu du guide pratique rédigé par BEAT RUDIN en 2006, en précisant pour chaque catégorie de mesures si une adaptation était nécessaire ou non[788]. Ce guide révisé a été adressé aux exécutifs des cantons suisses le 3 février 2017[789]. Étant donné que la directive 2016/680 a été notifiée à la Suisse le 1er août 2016, les cantons avaient jusqu'au 1er août 2018 pour réviser leur droit dans ce domaine. Le seul canton à avoir respecté ce délai est le canton d'Argovie[790]. La nouvelle loi argovienne reprend dans une large mesure les recommandations du guide révisé[791]. Il ressort d'un document élaboré par la Conférence des Préposé(e)s suisses à la protection des données (privatim) qu'au mois de novembre 2022, neuf autres cantons (AI, BL, GL, LU, SG, SH, SZ, ZG, ZH) avaient finalisé la révision de leur législation sur la protection des données[792]. Dans les cantons de Zurich et St-Gall notamment, il ressort très clairement des messages accompagnant le projet de loi révisée que l'exécutif du canton s'est basé sur le guide de la CdC pour adapter

787 Ibid.

788 CONFÉRENCE DES GOUVERNEMENTS CANTONAUX (2017), Guide pratique du 2 février 2017 – Réforme européenne de la protection des données/Modernisation de la Convention du Conseil de l'Europe (Convention 108) : Adaptation des lois cantonales sur (l'information et) la protection des données, 1s.

789 CONFÉRENCE DES GOUVERNEMENTS CANTONAUX, Lettre du 3 février 2017 aux interlocuteurs politiques et techniques des cantons, en charge de la mise en œuvre de Schengen/Dublin.

790 BO/AG du 9 janvier 2018, 18: la révision de la loi argovienne sur la protection des données (*Gesetz über die Information der Öffentlichkeit, den Datenschutz und das Archivwesen*) a été adoptée le 9 janvier 2018 et est entrée en vigueur le 1er août 2018.

791 RUDIN (2018), 199.

792 CONFÉRENCE DES PRÉPOSÉ(E)S SUISSES À LA PROTECTION DES DONNÉES (PRIVATIM), Révision des lois cantonales sur la protection des données (et des informations): adaptation au droit européen sur la protection des données.

sa législation[793]. D'une manière générale, la révision a été bien accueillie par les parlementaires qui ont déjà légiféré à cet égard[794]. Par ailleurs, il est intéressant d'observer que lors de certains débats parlementaires, les députés se sentaient obligés d'adapter leur droit cantonal à la directive 2016/680[795].

Le retard pris par les autres cantons peut s'expliquer par le fait que le guide révisé de la CdC ne vise pas uniquement la mise en œuvre de la directive 2016/680. Il encourage également les cantons à adapter leur législation au protocole d'amendement de la Convention STE 108 Conseil de l'Europe et à l'avant-projet de loi fédérale sur la protection des données[796] – qui a donné lieu à la nouvelle loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 25 septembre 2020[797]. Certes, la Confédération avait auparavant adopté la LPDS, qui visait à mettre en œuvre la directive 2016/680[798]. La nouvelle LPD est toutefois bien plus large : elle a pour objectif la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données afin de permettre, notamment, le rapprochement du droit fédéral aux exigences du RGPD[799]. Dans ces conditions, certains cantons ont

793 Voir la proposition de modification de la loi zurichoise sur la protection des données élaborée par le gouvernement du canton de Zurich le 4 juillet 2018, 9. Voir également le message du gouvernement du canton de St.Gall du 9 octobre 2018 relatif à l'avenant à la loi sur la protection des données, 7 : « Als Ausgangspunkt diente der Leitfaden der Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) vom 2. Februar 2017 (nachfolgend Leitfaden der KdK), der den Anpassungsbedarf bei den kantonalen Datenschutzgesetzen aufgrund der EU-Datenschutzreform und der Modernisierung des Übereinkommens SEV 108 behandelt und speziell für die Umsetzung dieser Reformen in den Kantonen erarbeitet wurde. »

794 À Zurich, la révision a été adoptée à l'unanimité le 25 novembre 2019 (BO/ZH, 25 novembre 2019, 35) et elle était soutenue par tous les partis politiques (BO/ZH, 9 septembre 2019, 35s.). À St-Gall, l'avenant à la loi a été adopté à l'unanimité le 24 avril 2019 (BO/SG, 23 et 24 avril 2019, 1).

795 BO/ZH, 9 septembre 2019, 38 : selon la députée socialiste HANNAH PFALZGRAF : « Es ist klar, dass wir die Anpassung des Gesetzes an die EU-Datenschutzrichtlinien dringend vollziehen müssen. » BO/AG, 7 novembre 2017, 917 : selon le député vert'libéral ROLAND AGUSTONI « Wir sind der Meinung, dass die kantonalen Datenschutzbestimmungen unbedingt dem europäischen Standard entsprechen müssen. Ein Nichtanpassen des schweizer Datenschutzniveaus an jenes der EU hätte für unsere Wirtschaft gravierende Auswirkungen. »

796 CONFÉRENCE DES GOUVERNEMENTS CANTONAUX (2017), Guide pratique du 2 février 2017 – Réforme européenne de la protection des données/Modernisation de la Convention du Conseil de l'Europe (Convention 108) : Adaptation des lois cantonales sur (l'information et) la protection des données, 1.

797 BO/CN, 2020 E 1069.

798 Loi fédérale sur la protection des données Schengen du 28 septembre 2018 (LPDS; RS 235.3).

799 CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 15 septembre 2017 concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales, 6567.

préféré attendre que la loi fédérale soit adoptée avant de légiférer à leur tour à ce sujet[800]. Tel est par exemple le cas du canton de Vaud. Le 5 juin 2018, le parlement vaudois a adopté une révision partielle de sa loi sur la protection des données (LPrD)[801]. Cette loi ne met toutefois pas en œuvre la directive 2016/680. Il ressort du rapport de la commission chargée d'examiner le projet de loi que la LPrD adoptée en 2018 constituait « une réforme préalable à une révision plus conséquente et nécessaire de la loi cantonale sur la protection des données personnelles (LPrD) pour s'adapter à la prochaine révision de la loi fédérale sur la protection des données »[802]. Il apparaît ainsi que le parlement vaudois a préféré attendre l'adoption de la loi fédérale avant de légiférer sur cette question. Par ailleurs, la dernière évaluation Schengen de la Suisse a eu lieu en 2018, juste avant l'échéance du délai dans lequel la Suisse aurait dû transposer la directive 2016/680. La prochaine évaluation aura lieu en 2023. La pression externe exercée sur les cantons était donc bien moindre qu'en 2006, lorsqu'ils savaient que l'évaluation initiale de la Suisse aurait lieu deux ans plus tard.

Compte tenu de ce qui précède, bien que le guide publié en 2017 n'ait pas engendré une mise en œuvre aussi rapide qu'en 2006, il apparaît que la publication d'un guide pratique a constitué dans ce cas concret un bon moyen de faire agir les autorités législatives des cantons. En effet, comme évoqué ci-dessus, plusieurs cantons se sont basés sur le guide 2017 pour effectuer leurs modifications législatives et plusieurs autres processus législatifs sont en cours[803]. Le guide permet ainsi d'offrir une base aux exécutifs cantonaux lors de la rédaction de leur projet de révision[804].

Le guide de mise en œuvre décrit ci-dessus est un mécanisme de type *poya*, dans la mesure où il vise à coordonner les activités des autorités législatives cantonales et pas uniquement à les informer – ce qui en ferait un mécanisme de type *tambourin*.

800 RUDIN (2018), 201. Il résume la situation en ces termes : « Warum, so wird etwa argumentiert, soll der Kanton etwas tun, bevor er sicher ist, dass der Bund es überhaupt für nötig erachtet, etwas zu tun? ».

801 Loi du 5 juin 2018 modifiant celle du 11 septembre 2007 sur la protection des données personnelles (RSV 172.65).

802 BO/VD, 5 juin 2018, 246.

803 CONFÉRENCE DES PRÉPOSÉ(E)S SUISSES À LA PROTECTION DES DONNÉES (PRIVATIM), Révision des lois cantonales sur la protection des données (et des informations): adaptation au droit européen sur la protection des données.

804 Voir en ce sens RUDIN (2018), 198. Pour lui, « [d]er Leitfaden ist ein Hilfsmittel, das es den Kantonen erleichtern soll, die Vollständigkeit ihrer Datenschutzgesetzgebung zu überprüfen und den noch bestehenden Handlungsbedarf festzustellen ».

### 5.2.2. La diffusion du guide auprès des gouvernements cantonaux

Le guide initial a été communiqué aux gouvernements cantonaux le 4 avril 2006. Nous ne disposons toutefois pas d'informations relatives à la manière dont ce guide a été diffusé auprès des autorités cantonales. En revanche, pour le guide révisé en 2017, la lettre d'accompagnement envoyée aux exécutifs est disponible sur le site du préposé à la protection des données du canton de Bâle-Ville[805]. Cette lettre contient plusieurs informations complémentaires, qui ne figurent pas dans le guide. De ce fait, elle constitue selon nous un mécanisme à part entière, qui mérite d'être étudié séparément.

Dans un premier temps, la lettre rappelle aux cantons qu'ils ont un délai de deux ans, à compter de la notification de la directive (UE) 2016/680, pour la mettre en œuvre[806]. Elle précise ensuite à quoi sert le guide et comment il doit être utilisé par les cantons[807]. Finalement, elle insiste sur l'« importance toujours plus grande [de la protection des données] aux yeux de l'UE »[808]. Il apparaît ainsi que, par cette lettre, la CdC cherche à encourager les autorités cantonales à agir. Une telle mesure est conforme à son but, qui est « de favoriser la collaboration entre les cantons dans leur domaine de compétences propres et d'assurer, dans les affaires fédérales touchant les cantons, la coordination et l'information essentielles des cantons »[809].

Un guide de mise en œuvre, rédigé par des experts, constitue évidemment un instrument précieux pour encourager la mise en œuvre d'une obligation internationale. Pour qu'il déploie ses effets, il est toutefois essentiel qu'un tel instrument soit diffusé auprès des autorités compétentes dans les ordres juridiques cantonaux. La communication autour d'un guide de mise en œuvre est donc essentielle[810]. En effet, aussi précis et détaillé soit-il, un guide est

805 CONFÉRENCE DES GOUVERNEMENTS CANTONAUX, Lettre du 3 février 2017 aux interlocuteurs politiques et techniques des cantons, en charge de la mise en œuvre de Schengen/Dublin, 1 à 3.

806 Ibid, 1.

807 La lettre précise que « [l]e guide pratique entend aider les cantons à revoir leur législation applicable à la protection des données et à estimer où ils doivent intervenir » et demande aux gouvernements de « transmettre le guide aux instances compétentes de [leur] canton, afin qu'elles évaluent les modifications à apporter et puissent entreprendre les démarches législatives et/ou organisationnelles requises ».

808 CONFÉRENCE DES GOUVERNEMENTS CANTONAUX, Lettre du 3 février 2017 aux interlocuteurs politiques et techniques des cantons, en charge de la mise en œuvre de Schengen/Dublin, 2.

809 Art. 1 al. 2 de la Convention sur la Conférence des gouvernements Cantonaux du 8 octobre 1993.

810 Voir à ce sujet : SCHMID ET AL. (2020), 11.

inutile si les autorités de mise en œuvre n'en ont pas connaissance. Des mécanismes de diffusion sont donc tout autant nécessaires que ceux qui analysent et interprètent les dispositions internationales pour faciliter leur compréhension. De tels mécanismes s'inscrivent dans la catégorie *tambourin*, puisqu'ils visent à informer les autorités cantonales concernées en « faisant du bruit ».

Malgré l'existence d'un guide clair *(poya)* et d'instruments de diffusion efficaces (de type *tambourin*), il ne faut pas négliger l'importance des éléments contextuels pour la mise en œuvre de l'obligation étudiée dans le présent chapitre. Des experts et des expertes écrivent également des recommandations précises dans d'autres domaines juridiques (par exemple le climat[811]), sans obtenir de réaction très claire de la part des parlementaires cantonaux. Comme évoqué ci-dessus, dans le cadre de la mise en œuvre de l'acquis de Schengen sur la protection des données, la pression exercée par les départements cantonaux de police a joué un rôle important dans le processus de mise en œuvre.

Dans la section suivante, nous verrons que des mécanismes punitifs (de type *bâton*) peuvent également être déployés par les exécutifs cantonaux pour encourager l'action de l'autorité législative.

### 5.2.3. Une ordonnance de l'exécutif cantonal

Dans le canton de Berne, afin de respecter le délai imposé par l'AAS pour mettre en œuvre la directive 2016/680, le Conseil-exécutif a adopté une ordonnance urgente de mise en œuvre (art. 88 al. 3 Cst./BE). L'ordonnance portant introduction de la directive (UE) 2016/680 relative à la protection des données à caractère personnel (OiDPD) est entrée en vigueur le 1er septembre 2018 et sa validité est limitée au 31 août 2023. Elle met en œuvre uniquement les dispositions obligatoires de la directive 2016/680[812]. Dans un délai de cinq ans, elle devra être remplacée par une loi adoptée selon la procédure ordinaire[813]. Cette loi devra aussi mettre en œuvre les dispositions non-obligatoires de la directive et les dispositions de l'avenant à la Convention STE 108 du Conseil de l'Europe[814]. Comme nous l'avons vu en lien avec la libre circulation des avocats

811 Voir par exemple le guide publié en 2015 par l'Office fédéral de l'environnement « Adaptation aux changements climatiques : Stratégie du Conseil fédéral : enjeux pour les cantons ».

812 RUDIN (2018), 200.

813 JUSTIZ- GEMEINDE- UND KIRCHENDIREKTION – KANTON BERN (2018), Vortrag der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion an den Regierungsrat zur Einführungsverordnung zur EU-Datenschutzrichtlinie 2016/680 über den Schutz personenbezogener Daten, 27. Juni 2018, 2.

814 RUDIN (2018), 200.

et des avocates[815], ce type d'ordonnance constitue un mécanisme punitif de mise en œuvre du droit international *(bâton)*. En retirant au parlement sa fonction législative, elle l'incite à agir pour récupérer sa prérogative. En fixant un délai au parlement pour agir, elle augmente la pression sur celui-ci. Évidemment, ce type de mécanismes ne fonctionne que si le parlement souhaite préserver sa fonction législative dans le domaine concerné. Comme nous le verrons en lien avec la promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes dans le canton de Zoug, tel n'est pas nécessairement le cas[816].

Au point suivant, nous verrons finalement que la mise en œuvre de l'acquis de Schengen sur la protection des données a aussi été favorisée par l'existence d'un mécanisme de communication entre la Confédération et les cantons mis en place dans le cadre des accords de Schengen et Dublin.

### 5.2.4. La communication institutionnalisée entre la Confédération et les cantons

Dans le cadre de la reprise de l'acquis de Schengen et Dublin par la Suisse, une collaboration institutionnalisée a été mise en place par la Convention entre la Confédération et les cantons pour faciliter la mise en œuvre, l'application et le développement de l'acquis[817]. Cette convention prévoit que la Confédération et les cantons sont responsables de la mise en œuvre de l'acquis dans leurs domaines de compétences respectifs et que celle-ci doit intervenir dans les délais fixés par l'accord ou les actes juridiques repris[818]. À cette fin, la Confédération et les cantons coopèrent étroitement, aussi bien lors du développement de l'acquis que de sa mise en œuvre[819]. Ainsi, dans les domaines qui affectent leurs compétences, les cantons prennent part à l'élaboration des positions de la Suisse dans les comités mixtes et les groupes de travail de l'UE[820].

Selon l'art. 9 al. 2 de la Convention, intitulé « mise en œuvre », la Confédération et les cantons « s'informent suffisamment tôt des mesures engagées et de la conclusion des travaux de mise en œuvre ». Selon le rapport explicatif

815 Voir point 3.2.5.

816 Voir point 8.2.5.

817 Convention du 20 mars 2009 entre la Confédération et les cantons relative à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen et de Dublin (RS 362.1).

818 CONFÉRENCE DES GOUVERNEMENTS CANTONAUX, Rapport explicatif du 12 septembre 2007 de la CdC relatif à la Convention entre la Confédération et les cantons relative à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen/Dublin, 10.

819 Art. 2 al. 1 de la Convention.

820 Art. 6 al. 1 de la Convention.

relatif à la Convention, il s'agit d'une obligation qui « sert à l'exécution des obligations de la Suisse face à l'UE contenues dans les accords »[821]. Cette coopération s'exerce par l'intermédiaire d'organes de liaison désignés par la Confédération et les cantons[822]. Au niveau politique, ces organes de liaison sont le secrétaire général de la Conférence des gouvernements cantonaux et la cheffe du département de justice et police[823]. Au niveau administratif, ces postes sont occupés, du côté des cantons, par le représentant des cantons au DFJP pour Schengen/Dublin[824] et, du côté de la Confédération, par l'Unité droit européen de l'Office fédéral de la justice[825]. Le rôle de ces organes de liaison est d'assurer la communication entre la Confédération et les cantons pour tout ce qui concerne l'acquis de Schengen/Dublin et son développement[826]. De cette manière, la Confédération n'a pas besoin de communiquer directement avec les vingt-six cantons. En général, le coordinateur Schengen/Dublin au sein de la CdC transmet les informations qu'il reçoit de la Confédération directement à la CCDJP, qui se charge de contacter, dans chaque canton, la personne de contact en charge de Schengen ou Dublin[827]. Il s'agit donc d'un système de communication institutionnalisé, visant une coopération « étroite » et « concertée »[828] entre la Confédération et les cantons. Le fait d'informer les autorités exécutives cantonales de manière régulière et systématique au sujet de leurs obligations internationales leur permet de rédiger des projets de lois à l'attention des parlements lorsque cela s'avère nécessaire pour la mise en œuvre de l'acquis. Même si dans l'idéal, il faudrait que les parlements soient directement informés, le système décrit ci-dessus a le mérite d'encourager la mise en œuvre législative de l'acquis de Schengen par le biais de la diffusion

821 CONFÉRENCE DES GOUVERNEMENTS CANTONAUX, Rapport explicatif du 12 septembre 2007 de la CdC relatif à la Convention entre la Confédération et les cantons relative à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen/Dublin, 10.

822 Art. 3 de la Convention du 20 mars 2009 entre la Confédération et les cantons relative à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen et de Dublin.

823 Informations recueillies lors d'un entretien du 19 mars 2021 avec HANSPETER PFENNINGER, coordinateur Schengen/Dublin auprès de la Conférence des gouvernements cantonaux.

824 CONFÉRENCE DES GOUVERNEMENTS CANTONAUX, Rapport explicatif du 12 septembre 2007 de la CdC relatif à la Convention entre la Confédération et les cantons relative à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen/Dublin, 8. Ce poste est actuellement occupé par HANSPETER PFENNINGER.

825 Informations recueillies lors d'un entretien du 19 mars 2021 avec HANSPETER PFENNINGER, coordinateur Schengen/Dublin auprès de la Conférence des gouvernements cantonaux.

826 Ibid.

827 Ibid.

828 Art. 2 al. 1 de la Convention.

régulière d'informations. Il s'agit donc d'un mécanisme pouvant être qualifié de *tambourin* puisqu'il vise à encourager les cantons à agir essentiellement en « faisant du bruit ».

## 5.3. Conclusion

En vertu de l'accord d'association de la Suisse à Schengen et des nombreux actes de l'UE applicables à la Suisse en matière de protection des données, le droit suisse de la protection des données est façonné de manière décisive par le droit de l'UE[829]. Le caractère dynamique de l'accord implique par ailleurs que chaque nouveau développement de l'UE dans ce domaine a des conséquences législatives sur le droit suisse de la protection des données. Comme nous l'avons vu, malgré l'existence d'un débat au sujet de la centralisation de cette matière, la Confédération et les cantons sont actuellement compétents, chacun à leur niveau, pour légiférer dans le domaine de la protection des données. Cela signifie que, lors de chaque développement Schengen relatif à la protection des données notifié à la Suisse, vingt-sept lois formelles sur la protection des données doivent être modifiées.

Comme exposé dans la seconde partie de ce chapitre, plusieurs mécanismes ont été développés pour aider les vingt-six cantons à adapter leur législation interne aux exigences de l'UE. Les deux guides de la CdC, en interprétant le droit de l'UE et en décrivant les mesures à prendre, ont joué un rôle prépondérant de coordination. Ils doivent donc être qualifiés de mécanismes de type *poya*. Ils n'ont toutefois pas permis, à eux seuls, de réaliser la mise en œuvre de l'obligation étudiée. Ils étaient accompagnés d'autres mécanismes de diffusion d'informations, de type *tambourin*. Au niveau fédéral, un système de communication institutionnalisé avec les cantons a permis d'informer les cantons en temps utile des divers développements de l'acquis. Au niveau intercantonal, une lettre adressée aux gouvernements cantonaux a permis d'attirer l'attention des cantons sur le guide de 2017. Enfin, dans un canton, nous avons également observé la mise en place d'un mécanisme punitif de type *bâton* : il s'agit de l'ordonnance adoptée par le Conseil d'État bernois pour encourager le parlement à légiférer.

Cette étude de cas nous a permis de mettre en avant un exemple dans lequel la mise en œuvre de l'obligation étudiée a bien fonctionné essentiellement grâce à un mécanisme de type *poya*, sans toutefois imposer une harmonisation

829 MADER/HILTI (2013), 69s.

au niveau cantonal[830]. Les cantons sont ainsi restés libres d'organiser la surveillance de la protection des données comme ils le souhaitaient (délégué à la protection des données ou commission)[831]. Ils ont également conservé une certaine autonomie pour fixer les détails dans les lois spéciales qui comportent un aspect relatif au traitement de données[832]. En offrant un cadre commun, les guides de la CdC ont ainsi permis un rapprochement des législations cantonales, tout en laissant une certaine liberté aux autorités législatives cantonales. Le cadre mis en place par ces guides est donc bien plus souple que ceux que nous avons étudiés dans les chapitres précédents (concordat intercantonal et loi fédérale uniformisatrice). Dans ces conditions, il était aussi plus difficile de catégoriser ce mécanisme, qui se situe en quelque sorte entre le type *tambourin* et le type *poya*. Pour trancher, nous avons dû déterminer si les guides étudiés visaient uniquement à diffuser des informations ou si, au contraire, ils allaient plus loin et visaient à harmoniser le droit cantonal de la protection des données. Au vu de leur caractère très précis et systématique, nous avons estimé qu'ils ne visaient pas uniquement à donner des informations aux cantons, mais plutôt à harmoniser les législations et les avons donc qualifiés de mécanismes de type *poya*.

Enfin, comme évoqué à plusieurs reprises dans ce chapitre, si l'adoption d'un guide de mise en œuvre a bien fonctionné dans ce cas, les aspects contextuels ne doivent pas être négligés. Ainsi l'élaboration d'un guide de mise en œuvre dans d'autres domaines du droit international n'aurait pas nécessairement le même effet.

Les trois études de cas issues des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE ont montré que les obligations étudiées avaient généralement été mises en œuvre par les autorités législatives de tous les cantons. Nous avons également pu observer que des mécanismes d'harmonisation ou d'uniformisation (de type *poya*) avaient joué un rôle important dans les trois exemples analysés. Nous reviendrons plus en détail sur ces constats à la fin de notre recherche[833].

Les trois prochains chapitres se concentrent sur des obligations issues de la protection internationale des droits humains. Comme nous le verrons, les mécanismes de mise en œuvre élaborés en lien avec ces obligations sont, d'une part, plus variés et nombreux et, d'autre part, moins coercitifs : il s'agit principalement de mécanismes visant à diffuser des informations (mécanismes de type *tambourin*) ou à inciter l'action législative cantonale grâce à

830 Informations recueillies lors d'un entretien du 11 janvier 2021 avec BEAT RUDIN.

831 Ibid.

832 Ibid.

833 Voir en particulier point 9.1.1.

des récompenses (mécanismes de type *carotte*). Nous verrons aussi que les effets de ces mécanismes sur les autorités législatives cantonales sont, d'une manière générale, moins évidents que dans les trois études de cas issues des accords bilatéraux. Dans le premier de ces trois chapitres, consacré à l'obligation internationale de mettre des aires d'accueil à disposition des communautés nomades, nous verrons par exemple que face au manque d'acceptation sociétale de ces communautés[834], la mise en œuvre d'une obligation internationale peut se révéler plus compliquée.

834 En ce sens : DE GASPARO/RÖTHLISBERGER (2021), 6.

# 6. Encourager la construction d'aires d'accueil pour les communautés nomades grâce à des mécanismes variés[835]

La Suisse s'est engagée, par divers traités internationaux, à respecter le mode de vie traditionnel des Yéniches, Sintés et Roms nomades. La vie en caravane en est une composante essentielle dans la mesure où il s'agit de leur logement, soit le « cœur de leur vie privée et familiale »[836]. Le respect de ce mode de vie implique la mise à disposition d'aires d'accueil pour ces communautés, afin qu'elles puissent y séjourner et y exercer leurs activités professionnelles. En Suisse, nous verrons que la réalisation de cette obligation internationale passe nécessairement par l'adoption de mesures législatives (point 6.1). Nous aborderons ensuite les différents mécanismes qui ont été mis en place dans l'ordre juridique suisse pour encourager les parlements cantonaux à se saisir de cette obligation (point 6.2).

À titre préliminaire, quelques précisions terminologiques s'imposent quant aux appellations Yéniches, Sintés et Roms nomades. Au mois de septembre 2016, lors de la Feckerchilbi (fête traditionnelle de la communauté yéniche), le conseiller fédéral ALAIN BERSET a fait suite à une pétition qui lui avait été adressée par plusieurs membres des communautés yéniche et sinté et a promis que ces communautés seraient désormais reconnues sous leurs appellations correctes et que le terme « gens du voyage » ne serait plus utilisé[837]. Conformément à cette déclaration, nous utiliserons les appellations revendiquées par les membres de ces communautés dans le présent chapitre. Nous utiliserons par ailleurs l'appellation « Roms nomades » pour désigner des personnes de cultures différentes, parlant diverses formes de romani et qui vivent

835 Une partie des réflexions exposées dans le présent chapitre ont déjà été publiées, respectivement dans les revues Ex ante et Plaidoyer : KAEMPFER (2020a) ; KAEMPFER (2020b).

836 SAMBUC BLOISE (2007), 325.

837 HUMANRIGHTS.CH, Yéniches et Manouches/Sintés – reconnaissance de leurs appellations correctes.

selon la tradition nomade[838]. Les Roms nomades qui parcourent les routes suisses pendant les beaux jours viennent essentiellement de l'étranger[839].

## 6.1. L'obligation internationale de légiférer

L'obligation internationale étudiée dans le présent chapitre impose aux parlements des cantons suisses d'adopter des mesures législatives pour des raisons qui découlent aussi bien du droit international (point 6.1.1) que du droit interne (point 6.1.2). Elles sont exposées ci-dessous.

### 6.1.1. Les sources internationales de l'obligation

Plusieurs dispositions de droit international imposent aux États parties de prendre des mesures législatives pour permettre aux communautés nomades de vivre selon leurs traditions. Cette obligation ne ressort explicitement d'aucun traité, mais elle peut être déduite des dispositions internationales mentionnées ci-dessous grâce aux règles de la Convention de Vienne sur l'interprétation des traités (CVT)[840]. En outre, selon la règle mentionnée à l'art.31 para. 3 let. c. de la CVT, toute règle de droit international pertinente et applicable aux parties doit être prise en compte lors de l'interprétation. Ainsi, les différentes normes présentées ci-dessous s'interpénètrent[841] et renforcent ainsi mutuellement l'obligation qui s'en dégage.

#### 6.1.1.1. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II)

Selon l'art. 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II), « [d]ans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue ». Interprétée de manière littérale, conformément à l'art. 31 de la CVT, cette disposition n'impose pas de prendre des mesures législatives en faveur des minorités. Elle est formulée en termes négatifs et impose explicitement aux États parties de ne pas entraver l'exercice des

838 DE GASPARO/RÖTHLISBERGER (2021), 12.

839 Ibid.

840 Sur la question de l'interprétation du droit international, voir point 2.3.2.1.

841 BESSON (2019a), 23.

droits garantis à l'art. 27 du Pacte *(obligation to respect)*. Lue dans son contexte, cette disposition oblige les États parties à prendre notamment des mesures législatives pour protéger ces droits. En effet, selon l'art. 2 para. 2 du Pacte, qui a vocation à s'appliquer à toutes les obligations contenues dans le traité, les États parties s'engagent à adopter des « mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le Pacte ». La réalisation des droits des minorités garantis à l'art. 27 du Pacte peut donc passer par l'adoption de mesures législatives, mais le traité n'exclut pas l'adoption d'autres mesures. La mention expresse des mesures d'ordre législatif à côté des mesures d'un « autre » ordre montre toutefois l'importance de celles-ci pour la réalisation des obligations contenues dans le Pacte[842].

Selon le Comité des droits de l'homme, l'adoption de mesures législatives sera nécessaire si le droit interne n'est pas conforme aux droits garantis par le Pacte :

> Le paragraphe 2 de l'article 2 fait obligation aux États parties de prendre les mesures nécessaires pour donner effet dans l'ordre interne aux droits énoncés dans le Pacte. Il s'ensuit que si les droits énoncés dans le Pacte ne sont pas déjà protégés par les lois ou les pratiques internes, les États parties sont tenus, lorsqu'ils ont ratifié le Pacte, de modifier leurs lois et leurs pratiques de manière à les mettre en conformité avec le Pacte. Dans les cas où il existe des discordances entre le droit interne et le Pacte, l'article 2 exige que la législation et la pratique nationales soient alignées sur les normes imposées au regard des droits garantis par le Pacte.[843]

Lu en parallèle avec l'art. 2 para. 2 du Pacte, l'art. 27 du Pacte ONU II oblige donc les États parties dont le droit interne ne serait pas conforme à cette disposition à prendre des mesures législatives visant à protéger les minorités. Garantir la non-ingérence à l'égard de ces communautés ne suffit pas ; les États doivent prendre des mesures pour faire face aux charges concrètes qui pèsent sur ces groupes minoritaires[844]. En définitive, malgré l'importance des mesures législatives pour la mise en œuvre de l'obligation étudiée, il n'est pas possible d'établir l'existence d'une obligation explicite de légiférer uniquement sur la base des dispositions du Pacte. Il sera donc nécessaire de consulter les dispositions internes de l'État dans lequel l'obligation sera mise en œuvre pour déterminer si l'adoption de mesures législatives est nécessaire (point 6.1.2 ci-dessous).

---

842 WYTTENBACH (2017), 63.

843 COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME (2004), Observation générale n° 31, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, §13.

844 JOSEPH/CASTAN (2014), 865.

### 6.1.1.2. Le Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels (Pacte ONU I)

L'art. 15 paragraphe 1 (a) du Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels (Pacte ONU I) garantit le droit de chacun de participer à la vie culturelle. L'interprétation littérale de cette disposition ne permet pas d'en déduire une obligation positive de prendre des mesures législatives. La prise en compte du contexte, et en particulier de l'art. 2, para. 1 du Pacte ONU I ne permet pas non plus d'établir l'existence d'une obligation de légiférer. En effet, cette disposition n'est pas claire quant à l'obligation, à la charge des parties contractantes, de prendre ou non des mesures législatives[845]. Comme discuté au chapitre 2[846], en les mentionnant expressément, l'art. 2, para. 1 du Pacte ONU I considère toutefois que l'adoption de mesures législatives est un outil particulièrement utile pour respecter les obligations contenues dans le traité[847]. Cela ne veut toutefois pas encore dire que de telles mesures sont nécessaires. L'interprétation du traité ne permet donc pas d'en déduire une obligation de légiférer : il faudra à nouveau se tourner vers le droit interne de l'État concerné pour établir, ou non, l'existence d'une telle obligation (point 6.1.2 ci-dessous).

L'interprétation ci-dessus est confirmée par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CESCR), selon lequel l'obligation de mettre en œuvre le droit de participer à la vie culturelle peut être réalisée, *par exemple*, par l'adoption d'une législation appropriée[848]. Il confirme ainsi que l'adoption de mesures législatives constitue une possibilité parmi d'autres pour réaliser le droit en question.

Par ailleurs, le CESCR précise que le terme « vie culturelle » englobe le droit des groupes de maintenir leurs pratiques et leurs traditions culturelles particulières[849]. Dans ses observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la Suisse, le Comité a expressément demandé à la Suisse de mettre en place un nombre suffisant d'aires d'accueil de longue et de courte durée sur tout le territoire[850].

845 ALSTON/QUINN (1987), 166 ; SSENYONJO (2011), 974 ; SAUL/KINLEY/MOWBRAY (2014), 157.

846 Voir point 2.3.1.

847 SCHMID (2015), 578.

848 CESCR (2009), Observation générale nº 21, E/C.12/GC/21, § 54.

849 SAUL/KINLEY/MOWBRAY (2014), 1180.

850 CESCR (2019), Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la Suisse, § 57.

#### 6.1.1.3. La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale

L'art. 2 para. 1 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD) oblige les États parties « à poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer toute forme de discrimination raciale et à favoriser l'entente entre toutes les races ». En particulier, l'art. 2 para. 1 (d) CERD impose aux États parties d'interdire, « par tous les moyens appropriés, y compris, si les circonstances l'exigent, des mesures législatives, la discrimination raciale pratiquée par des personnes, des groupes ou des organisations et y mettre fin ». Cette disposition impose explicitement aux États parties de prendre des mesures positives afin d'éliminer toute forme de discrimination raciale[851]. En outre, les États doivent prendre des mesures législatives en ce sens « si les circonstances l'exigent ». Cette formulation a été débattue lors des travaux préparatoires et résulte du fait que plusieurs États n'étaient pas prêts à se voir imposer une obligation générale de légiférer dans un domaine où la situation législative préexistante variait beaucoup selon les États[852]. Comme exposé au chapitre 2[853], il est possible de considérer que « les circonstances l'exigent » lorsque la modification ou l'adoption d'une loi en droit interne constitue le meilleur moyen de mettre en œuvre l'obligation imposée par le traité[854]. En lien avec les Yéniches, Sintés et Roms nomades, il faut considérer qu'une obligation de légiférer existe lorsque le respect de leur mode de vie doit être garanti par l'adoption de mesures législatives dans le droit interne de l'État concerné. En Suisse, tel est par exemple le cas lorsque des plans doivent être adoptés par l'autorité législative cantonale pour créer de nouvelles aires d'accueil pour les Yéniches, Sintés et Roms nomades.

Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale estime à cet égard que les États parties doivent « réviser et amender la législation, ou en adopter une, au besoin, aux fins d'éliminer toutes les formes de discrimination raciale à l'égard des Roms ainsi qu'à l'égard des autres personnes ou groupes, conformément à la Convention »[855]. En outre, le Comité invite les États parties à « prendre les mesures nécessaires, s'il y a lieu, pour mettre à la disposition des groupes de Roms nomades et autres Yéniches, Sintés et Roms nomades des

851 Voir en ce sens KÄLIN/KÜNZLI (2011), 370.

852 THORNBERRY (2016), 167.

853 Voir point 2.3.1.

854 Voir en ce sens : SCHMID (2017), 937.

855 CERD (2000), Recommandation générale no 27 concernant la discrimination à l'égard des Roms, § 1.

emplacements équipés de toutes les facilités voulues pour leurs caravanes »[856]. Cette interprétation du Comité confirme la nécessité d'adopter des mesures législatives lorsqu'il s'agit du moyen le plus approprié pour mettre en œuvre l'obligation concernée.

#### 6.1.1.4. La Convention européenne des droits de l'homme

La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît l'obligation « d'accorder une attention spéciale [aux] besoins et [au] mode de vie propre »[857] des Yéniches, Sintés et Roms nomades. Cette obligation découle de l'art. 8 para. 1 de la Convention qui garantit le droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. À plusieurs reprises, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que cette disposition était applicable aux mesures relatives au stationnement des caravanes des Yéniches, Sintés et Roms nomades. En effet, selon la Cour, ces mesures ont des conséquences sur le droit au respect du domicile[858] des personnes concernées et influent leur capacité à maintenir leur identité et à mener leur vie familiale en accord avec leurs traditions[859].

L'obligation imposée par l'art. 8 aux États parties de permettre aux Yéniches, Sintés et Roms nomades de poursuivre leur mode de vie traditionnel est de nature positive[860]. En effet, selon la Cour « la vulnérabilité des Tsiganes, du fait qu'ils constituent une minorité, implique d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre tant dans le cadre réglementaire valable en matière d'aménagement que lors de la prise de décision dans des cas particuliers [...]. Dans cette mesure, l'art. 8 impose selon la Cour aux États contractants l'obligation positive de permettre aux Tsiganes de suivre leur mode de vie »[861].

La Cour européenne des droits de l'homme a considéré à plusieurs reprises que cette disposition était applicable aux mesures relatives au stationnement des caravanes des Yéniches, Sintés et Roms nomades, car elles ont des conséquences sur le droit au respect du domicile[862] de même que sur la capacité de ces personnes à maintenir leur identité et à mener une vie familiale

---

856 Ibid, § 32.

857 COUREDH (2001), Chapman c. Royaume-Uni du 18 janvier 2001, § 96.

858 COUREDH (1996), Buckley c. Royaume-Uni du 25 septembre 1996, § 54.

859 COUREDH (2001), Chapman c. Royaume-Uni du 18 janvier 2001, § 73 ; COUREDH (2012), Yordanova et autres c. Bulgarie du 24 avril 2012, § 105 ; COUREDH (2013), Winterstein et autres c. France du 17 octobre 2013, § 142.

860 PÉTERMANN (2014), 318 ; OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (2016), JAAC 2/2017, 27 ; COUREDH (2001), Chapman c. Royaume-Uni du 18 janvier 2001, § 96.

861 COUREDH (2001), Chapman c. Royaume-Uni du 18 janvier 2001, § 96.

862 COUREDH (1996), Buckley c. Royaume-Uni du 25 septembre 1996, § 54.

en accord avec leurs traditions[863]. Elle a également considéré qu'une obligation de fournir un abri à des personnes particulièrement vulnérables pouvait découler de l'art. 8 de la Convention dans certains cas exceptionnels[864]. La Cour en a déduit une obligation positive à la charge des États parties de prendre en compte les besoins de ce groupe socialement défavorisé en cas d'expulsion, notamment en offrant à ses membres des possibilités de relogement[865]. L'obligation positive de permettre aux Yéniches, Sintés et Roms nomades de vivre selon leur mode de vie traditionnel comporte donc plusieurs aspects. D'une part, les États parties doivent mettre en place les garanties procédurales nécessaires au respect du mode de vie des Yéniches, Sintés et Roms nomades[866]. D'autre part, ils doivent leur offrir des garanties substantielles, notamment en tenant compte des possibilités de relogement en cas d'expulsion[867]. Comme nous le verrons, la Cour n'a toutefois pas (encore) reconnu l'obligation, à la charge des États, d'adopter des mesures législatives visant à garantir un droit au domicile pour les Yéniches, Sintés et Roms nomades.

Les destinataires de cette obligation sont toutes les autorités étatiques : le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire[868]. Les obligations qui s'adressent à l'autorité législative sont plus ou moins précises en fonction des droits en cause. D'une manière générale, dans certains domaines sensibles imposant des obligations positives avec des implications financières importantes, la Cour laisse une grande liberté aux autorités législatives nationales. Au contraire, dans des domaines comme le droit à la vie ou la protection de l'intégrité physique, elle précise le contenu exigé de la législation[869]. En lien avec l'obligation de respecter le mode de vie des Yéniches, Sintés et Roms nomades, la Cour a estimé qu'il était souhaitable que « tout être humain dispose d'un endroit où il puisse vivre dans la dignité et qu'il puisse désigner comme son domicile » mais que « [l]a question de savoir si l'État accorde des fonds pour que tout le monde ait un toit relève du domaine politique et non judiciaire »[870]. Ce faisant, la Cour a exprimé son refus de « dicter » à l'autorité

863 COUREDH (2001), Chapman c. Royaume-Uni du 18 janvier 2001, § 73.

864 COUREDH (2012), Yordanova et autres c. Bulgarie du 24 avril 2012, § 130.

865 Ibid, § 133 ; COUREDH (2013), Winterstein et autres c. France du 17 octobre 2013, § 160.

866 ZIMMERMANN (2015), 560 ; COUREDH (2004), Connors c. Royaume-Uni du 27 mai 2004, § 95.

867 ZIMMERMANN (2015), 561 ; COUREDH (2012), Yordanova et autres c. Bulgarie du 24 avril 2012, §§ 132 et 133 ; COUREDH (2013), Winterstein et autres c. France du 17 octobre 2013, § 159.

868 PÉTERMANN (2014), 116 ; MADELAINE (2014), 465. Cette auteure précise que le juge européen désigne de plus en plus souvent explicitement le destinataire des obligations.

869 MADELAINE (2014), 469 et 472.

870 COUREDH (2001), Chapman c. Royaume-Uni du 18 janvier 2001, § 99.

législative nationale les changements à effectuer. Dans un premier temps, la Cour s'est donc montrée réticente à imposer des contraintes législatives à l'État[871]. Selon COLOMBINE MADELAINE, ce refus des juges européens d'utiliser les obligations positives pour imposer une action à l'autorité législative peut s'expliquer par le respect de la souveraineté étatique[872]. À cet argument s'oppose toutefois l'idée selon laquelle « la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'État »[873]. À notre avis, cette réticence des juges européens à préciser aux États le contenu des obligations positives s'explique plutôt par le souci de ne pas heurter leurs différentes sensibilités politiques et particularités culturelles.

Quelques années plus tard, dans son arrêt *Yordanova et autres c. Bulgarie*, la Cour a été plus audacieuse et a estimé que l'autorité législative nationale devait prendre des mesures propres à garantir le principe de proportionnalité en cas d'expulsion de Yéniches, Sintés et Roms nomades. En application de l'art. 46 de la Convention, la Cour a ainsi retenu ce qui suit : « in view of its findings in the present case, the Court expresses the view that the general measures in execution of this judgment should include such amendments to the relevant domestic law and practice so as to ensure that orders to recover public land or buildings, where they may affect Convention-protected rights and freedoms, should, even in cases of unlawful occupation, identify clearly the aims pursued, the individuals affected and the measures to secure proportionality »[874].

Une évolution vers la reconnaissance de certaines obligations positives à la charge des autorités législatives nationales peut donc être observée dans la jurisprudence de la Cour dans le domaine de la protection des Yéniches, Sintés et Roms nomades. Toutefois, la Cour n'a pas encore tiré la conclusion explicite selon laquelle les États auraient l'obligation d'adopter des mesures législatives visant à garantir un droit au domicile *(right to adequate housing)* pour les Yéniches, Sintés et Roms nomades. Dans son arrêt *Hudrovič et autres c. Slovénie*, elle a d'ailleurs confirmé qu'une large marge d'appréciation devait être reconnue aux États parties lorsqu'ils font des choix législatifs en lien avec les infrastructures mises à disposition des Yéniches, Sintés et Roms nomades[875]. Partant, l'obligation législative d'agir dans ce domaine dépend encore dans une large mesure du droit constitutionnel interne de l'État concerné et de la répartition des compétences entre les différents pouvoirs de l'État.

871 MADELAINE (2014), 533 s.

872 Ibid, 468.

873 Voir en ce sens CPJI (1923), Affaire du vapeur « Wimbledon », 25.

874 COUREDH (2012), Yordanova et autres c. Bulgarie du 24 avril 2012, § 166.

875 COUREDH (2020), Hudorovič et autres c. Slovénie du 10 mars 2020, § 144.

#### 6.1.1.5. La Convention-cadre pour la protection des minorités nationales

Adoptée le 10 novembre 1994 par le Comité des ministres et entrée en vigueur le 1er février 1998[876], la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales a pour but de préciser les principes juridiques que les États s'engagent à respecter pour assurer la protection des minorités nationales[877]. Elle contient essentiellement des dispositions-programmes, non directement applicables qui définissent les objectifs que les parties s'engagent à poursuivre[878]. En d'autres termes, les dispositions de la Convention-cadre n'ont en principe pas de caractère *self-executing* et doivent être mises en œuvre par le biais de lois et de politiques internes[879]. Toutefois, l'applicabilité directe de certaines dispositions – notamment celles qui reprennent des droits qui sont également garantis par la CEDH – est possible[880].

Par ailleurs, la Convention-cadre ne contient aucune définition de la notion de minorité nationale[881], laissant ainsi une marge d'appréciation aux États parties[882]. Dans son rapport initial sur la mise en œuvre de la Convention-cadre, la Suisse a estimé que les groupes minoritaires suivants pouvaient être qualifiés de minorités nationales : les minorités linguistiques nationales, les membres de la communauté juive et les Yéniches, Sintés et Roms nomades[883]. Partant, les dispositions de la Convention-cadre sont applicables aux Yéniches, Sintés et Roms nomades suisses.

Le droit de ces derniers à poursuivre leur mode de vie traditionnel peut être déduit des art. 4 et 5 de la Convention-cadre. À son art. 4, la Convention-cadre rappelle que les principes d'égalité et de non-discrimination s'appliquent aux personnes appartenant à une minorité nationale. Le paragraphe 2 de l'art. 4 précise que « [l]es Parties s'engagent à adopter, s'il y a lieu, des mesures adéquates en vue de promouvoir, dans tous les domaines de la vie économique, sociale, politique et culturelle, une égalité pleine et effective entre les

876 Selon l'art. 28 para. 1 de la Convention-cadre, la signature de douze États était nécessaire pour qu'elle entre en vigueur.

877 CONSEIL DE L'EUROPE (1995), Convention-cadre pour la protection des minorités nationales et rapport explicatif, § 10.

878 Ibid, § 11.

879 HOFMANN/MALLOY/REIN (2018), 11.

880 BOILLAT (1995), 1286 ; PENTASSUGLIA (2002), 132 ; THORNBERRY / MARTÍN ESTÉBANEZ (2006), 92 ; SAMBUC BLOISE (2007), 102 ; HOFMANN/MALLOY/REIN (2018), 11.

881 CONSEIL DE L'EUROPE (1995), Convention-cadre pour la protection des minorités nationales et rapport explicatif, § 12.

882 ANGST (2016), 113 ; BELSER (2018), 18.

883 ACFC (2001), Rapport initial du gouvernement suisse, ACFC/SR(2001)002, § 100.

personnes appartenant à une minorité nationale et celles appartenant à la majorité ». Cette disposition oblige les États parties à adopter des mesures positives afin que l'égalité ne soit pas uniquement formelle, mais qu'elle soit matérialisée dans un cadre réglementaire national[884]. L'art. 5 para. 1 de la Convention-cadre prévoit quant à lui que « [l]es Parties s'engagent à promouvoir les conditions propres à permettre aux personnes appartenant à des minorités nationales de conserver et développer leur culture, ainsi que de préserver les éléments essentiels de leur identité, que sont leur religion, leur langue, leurs traditions et leur patrimoine culturel ». Bien qu'elle ne prévoie aucune obligation explicite de légiférer, cette disposition implique une action positive de la part des États parties[885]. Selon le droit interne des États, certains aspects de cette obligation ne pourront toutefois être mis en œuvre que par le pouvoir législatif. Tel est par exemple le cas de l'adoption de plans d'aménagement du territoire dans certains cantons suisses (voir point 6.1.2.2 ci-dessous).

Par ailleurs, selon le préambule de la Convention-cadre, les principes qu'elle contient doivent être mis en œuvre « au moyen de législations nationales et de politiques gouvernementales appropriées ». Une interprétation téléologique et systémique permet ainsi d'affirmer que les États parties doivent notamment adopter des mesures législatives pour mettre en œuvre les dispositions de la Convention-cadre. S'agissant en particulier du droit des Yéniches, Sintés et Roms nomades à poursuivre leur mode de vie, dans son premier avis sur la Suisse, le Comité consultatif de la Convention-cadre a d'ailleurs encouragé les autorités fédérales et cantonales à légiférer dans le domaine de l'aménagement du territoire afin d'offrir des possibilités de stationnement aux Yéniches, Sintés et Roms nomades[886]. Dans ses avis ultérieurs, le Comité consultatif n'a pas constaté d'amélioration et a, à nouveau, invité les autorités compétentes à légiférer afin d'accélérer la planification et la création d'aires de stationnement et de transit pour les Yéniches, Sintés et Roms nomades et de favoriser les haltes sur des terrains privés[887].

Il ressort de l'interprétation des diverses dispositions internationales évoquées ci-dessus que des mesures d'ordre législatif revêtent une importance particulière en lien avec la mise à disposition d'aires d'accueil pour les communautés nomades. Dans la section qui suit nous verrons qu'en droit suisse, le recours à la législation est non seulement important, mais indispensable.

884 BOILLAT (1995), 1288 ; WILSON (2018), 115.

885 PENTASSUGLIA (2002), 133 ; ROTER (2018), 130 et 145.

886 ACFC (2003), Premier avis sur la Suisse, ACFC/INF/OP/I(2003)007, § 37.

887 ACFC (2008), Deuxième avis sur la Suisse, ACFC/OP/II(2008)002, §§ 74 à 80 ; ACFC (2013), Troisième avis sur la Suisse, ACFC/OP/III(2013)001, §§ 48 à 56.

### 6.1.2. Les débiteurs internes de l'obligation

Dans le but d'établir la compétence des autorités législatives cantonales pour mettre en œuvre l'obligation définie ci-dessus, cette deuxième section analyse les normes pertinentes de l'ordre juridique suisse dans le domaine de l'aménagement du territoire.

#### 6.1.2.1. La compétence de la Confédération

L'art. 75 al. 1 Cst. prévoit que la Confédération fixe les principes applicables à l'aménagement du territoire mais que celui-ci incombe aux cantons. La Confédération dispose ainsi d'une compétence législative concurrente limitée aux principes dans ce domaine[888]. Cela signifie que la Confédération est compétente pour édicter des règles dans tout le domaine de l'aménagement du territoire, mais que sa compétence est limitée à l'édiction de principes[889]. La Confédération n'est pas seulement autorisée à légiférer ; la Constitution lui confère le mandat de fixer les principes dans ce domaine[890]. Lorsque des questions importantes nécessitent une règlementation uniforme, la Confédération peut également adopter des dispositions détaillées relatives à une problématique particulière[891]. L'art. 75 al. 2 Cst. donne à la Confédération un triple mandat envers les cantons : encourager et coordonner leurs efforts et collaborer avec eux[892]. L'encouragement est principalement réalisé par le biais de subventions et de prestations de services (conseils, documents). La coordination est assurée par l'adoption des dispositions fédérales qui établissent les principes de l'aménagement du territoire (buts de l'aménagement du territoire, types de plans). Le mandat de collaboration concrétise simplement le devoir général consacré par l'art. 44 Cst. et s'explique par l'interdépendance des compétences de la Confédération, des cantons et des communes en matière d'aménagement du territoire[893].

Par ailleurs, la Confédération doit surveiller les activités cantonales (art. 49 al. 2 Cst., art. 186 al. 4 Cst.), dans le respect du principe de la proportion-

888 ZEN-RUFFINEN/GUY-ECABERT (2001), 23 ; AUBERT/MAHON (2003), N 4 ad art. 75 Cst ; BIAGGINI (2017), N 3 ad art. 75 Cst ; OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (2016), JAAC 2/2017, 40.

889 GRIFFEL (2017), 13 ; OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (2016), JAAC 2/2017, 40.

890 AUBERT/MAHON (2003), N 4 ad art. 75 Cst ; BIAGGINI (2017), N 3 ad art. 75 Cst.

891 ZEN-RUFFINEN/GUY-ECABERT (2001), 24 ; AUBERT/MAHON (2003), N 4 ad art 75 Cst ; BIAGGINI (2017), N 3 ad art. 75 Cst.

892 ZEN-RUFFINEN/GUY-ECABERT (2001), 25 ; AUBERT/MAHON (2003), N 8 ad art. 75 Cst.

893 ZEN-RUFFINEN/GUY-ECABERT (2001), 26 ; AUBERT/MAHON (2003), N 9 à 11 ad art. 75 Cst ; BIAGGINI (2017), N 7 ad art. 75 Cst.

nalité[894]. Dans le domaine de l'aménagement du territoire, la surveillance fédérale sur les cantons s'exerce notamment par le biais du mécanisme figurant à l'art. 11 LAT, selon lequel « [l]e Conseil fédéral approuve les plans directeurs et leurs adaptations s'ils sont conformes à la présente loi ». Nous aurons l'occasion d'y revenir ci-dessous.

#### 6.1.2.2. La compétence des cantons

L'art. 75 al. 1 Cst. donne aux cantons le mandat d'aménager le territoire. Ces derniers sont ainsi tenus d'adopter les dispositions et les plans nécessaires à la concrétisation des principes posés par la législation fédérale[895]. Les cantons ont divers instruments à leur disposition pour mettre en œuvre leur devoir constitutionnel d'aménager le territoire : les législations cantonales d'aménagement du territoire, les plans directeurs cantonaux *(Richtplan, piano direttore)*[896], les plans d'affectation cantonaux *(Nutzungspläne, piani di utilizzazione)*[897] et les permis de construire. La doctrine qualifie en général le plan (plan directeur ou plan d'affectation) comme un acte *sui generis* par rapport à la norme et à la décision[898]. L'adoption des plans directeurs relève, selon les cantons, du parlement ou de l'exécutif (art. 10 LAT). Lorsque les cantons sont habilités à établir des plans d'affectation, ils peuvent également être adoptés, selon les cantons, par l'exécutif ou le parlement (art. 25 LAT). Lorsqu'ils sont adoptés par un parlement, les plans constituent des mesures « législatives », telle que définies au chapitre 2[899]. Partant, en droit suisse, l'obligation de mettre des aires d'accueil à disposition des Yéniches, Sintés et Roms nomades passe notamment par l'adoption de mesures législatives. Les cantons disposent ainsi des outils nécessaires pour tenir compte des besoins des Yéniches, Sintés et Roms nomades ; encore faut-il qu'ils y aient recours. La clé de la problématique réside dans l'adaptation des dispositions légales et des plans cantonaux aux exigences internationales[900].

894 CONSEIL FÉDÉRAL (1998), Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 10 novembre 1998, JAAC 2000 nº 24 p. 307, Note 2 ; BIAGGINI (2017), N 19 ad art. 49 Cst.

895 AUBERT/MAHON (2003), N 5 ad art. 75 Cst ; BIAGGINI (2017), N 3 ad art. 75 Cst.

896 Voir les art. 6 et suivants de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire (LAT).

897 Voir les art. 14 et suivants de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire (LAT).

898 Voir notamment JEANNERAT/MOOR (2016), N 15 ad art. 14 LAT ; TSCHANNEN (2019), N 6 ad art. 9 LAT.

899 Voir point 2.3.2.1.

900 SAMBUC BLOISE (2007), 407.

## 6.2. Les mécanismes internes de mise en œuvre

Cette section présente les différents mécanismes de mise en œuvre qui ont été élaborés pour encourager les autorités cantonales compétentes à mettre en œuvre leur obligation d'aménager des aires d'accueil pour les Yéniches, Sintés et Roms nomades. Ces mécanismes sont issus, notamment, de l'administration fédérale, du Tribunal fédéral, d'une Fondation instituée par la Confédération ou des communautés nomades elles-mêmes. Comme nous le verrons, la multiplication des mécanismes de mise en œuvre ne se traduit toutefois pas par une nette augmentation du nombre d'aires d'accueil pour les communautés nomades[901].

### 6.2.1. L'approbation des plans directeurs cantonaux par l'ARE

Conformément à la répartition des compétences établie par l'art. 75 Cst., les autorités cantonales compétentes ont la tâche d'aménager le territoire à l'aide de plans directeurs, selon les besoins de la population, au sens de l'art. 3 al. 3 LAT[902]. Selon les cantons, les plans directeurs cantonaux sont établis par le pouvoir exécutif ou le pouvoir législatif. Dans les cantons de Zurich, Nidwald, Argovie, Tessin, Vaud et Genève, cette tâche incombe au parlement[903]. Lors de l'élaboration de ces plans, l'autorité cantonale compétente doit respecter le droit cantonal et fédéral[904]. Une fois finalisé, le plan directeur est transmis au Conseil fédéral pour approbation conformément à l'art. 11 al. 1 LAT. Le Conseil fédéral a alors la tâche de s'assurer que le plan directeur répond aux exigences de la LAT et du reste du droit fédéral (y compris le droit international)[905]. Si tel n'est pas le cas, il peut engager une procédure de conciliation (art. 12 al. 1 LAT). Si aucun accord n'intervient dans les trois ans qui suivent l'ouverture de la procédure de conciliation, le Conseil fédéral statue (art. 12 al. 3 LAT) et décide d'approuver le plan ou non. Cette procédure ne doit cependant pas éluder la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en matière d'aménagement du territoire. Elle ne peut être utilisée que dans les limites du pouvoir d'appréciation dont dispose la Confédération, qui se limite au contrôle du contenu minimal de plans directeurs (art. 8 LAT). Le

901 DE GASPARO / RÖTHLISBERGER (2021), 38.

902 OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (2016), JAAC 2/2017, 41 ; TRIBUNAL FÉDÉRAL (2003), ATF 129 II 321, c. 3.2.

903 HÄNNI (2016), 142 et les références citées.

904 Ibid, 142.

905 ZEN-RUFFINEN/GUY-ECABERT (2001), 120 ; HÄNNI (2016), 143.

Conseil fédéral ne peut donc pas modifier ou compléter lui-même le plan[906]. Une fois approuvés, les plans directeurs ont force obligatoire pour les autorités cantonales et la Confédération (art. 11 al. 2 LAT). La procédure relative à l'examen des plans directeurs est dirigée par l'Office fédéral du développement territorial (ARE)[907].

À côté de l'approbation des plans directeurs, l'ARE a également la possibilité, conformément à l'art. 8 OAT, de guider les cantons en amont, grâce à des directives techniques sur l'établissement des plans directeurs. L'ARE a ainsi élaboré en 1997 le Guide de la planification directrice[908], qui a été complété en 2014[909] à la suite de la révision de LAT du 15 juin 2012. Ces guides explicitent le contenu minimal des plans directeurs et dressent une liste des critères examinés par la Confédération pour obtenir son approbation[910]. Si les autorités cantonales s'écartent de ces lignes directrices, elles doivent démontrer, en cas de litige, que la solution qu'elles ont choisie est conforme au droit[911], y compris au droit international. Malheureusement, l'obligation de mentionner les besoins des Yéniches, Sintés et Roms nomades dans les plans directeurs cantonaux ne figure cependant ni dans le guide original, ni dans son complément de 2014[912]. Pourtant, un rapport élaboré en 2006 par le Conseil fédéral préconisait l'adaptation de ces directives en ce sens[913]. Cette situation est regrettable. La mention des besoins des Yéniches, Sintés et Roms nomades dans ces guides aurait en effet permis de fixer clairement les attentes de la Confédération à cet égard et d'établir des directives claires à l'attention des cantons.

Bien que ces guides soient muets quant aux besoins des Yéniches, Sintés et Roms nomades, l'ARE examine depuis quelques années si les cantons thématisent cette question dans leurs plans directeurs et s'ils prévoient la construction d'aires d'accueil[914]. Grâce à cette démarche, les plans directeurs

906 HÄNNI (2016), 144 ; ZEN-RUFFINEN/GUY-ECABERT (2001), 120.

907 Voir l'art. 10 de l'ordonnance sur l'aménagement du territoire (OAT ; RS 700.1).

908 OFFICE FÉDÉRAL DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL (1997), Le plan directeur cantonal, Guide de la planification directrice.

909 OFFICE FÉDÉRAL DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL (2014), Complément au guide de la planification directrice.

910 Ibid, 3.

911 AEMISEGGER/KISSLING (2016), N 20 ad art. 38a LAT.

912 OFFICE FÉDÉRAL DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL (1997), Le plan directeur cantonal, Guide de la planification directrice ; OFFICE FÉDÉRAL DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL (2014), Complément au guide de la planification directrice.

913 CONSEIL FÉDÉRAL (2006), Rapport du Conseil fédéral sur la situation des gens du voyage en Suisse, Partie II, 21.

914 BIAGGINI (2017), N 4 ad art. 75 Cst ; SAMBUC BLOISE (2007), 441 ; OFFICE FÉDÉRAL DE LA CULTURE (2016), Rapport et plan d'action du groupe de travail « Amélioration des

de plusieurs cantons mentionnent désormais les besoins des Yéniches, Sintés et Roms nomades[915]. Par exemple, à la suite de l'invitation formulée en 2004 par l'ARE à l'attention des autorités cantonales schwytzoises[916], le Conseil-exécutif de ce canton a effectué les modifications requises, et le parlement en a pris note avec approbation en 2008[917]. Aujourd'hui, seuls les cantons du Tessin, des Grisons et d'Appenzell Rhodes-Intérieures n'ont toujours pas inscrit les besoins des Yéniches, Sintés et Roms nomades dans leurs plans directeurs[918]. Au Tessin, malgré une invitation formulée en 2013 par l'ARE aux autorités cantonales pour qu'elles inscrivent les besoins des Yéniches, Sintés et Roms nomades dans leur plan directeur[919], les nombreuses adaptations ultérieures de ce plan n'abordent pas cette problématique. Dans le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures, bien que le plan directeur adopté en 2017 ne thématise pas la question des Yéniches, Sintés et Roms nomades, le rapport d'examen de l'ARE ne fait aucune recommandation à cet égard[920]. Par ailleurs, une recherche par mot-clé des termes « Fahrende », « Roma », « Jenisch » ou « Sinti » dans la base de données du Grand Conseil de ce canton entre 2002 et 2018 montre que cette question n'a simplement jamais été abordée au sein du parlement. Aux Grisons, le plan directeur, qui date de 2002, a été approuvé par l'ARE en 2003, malgré le fait qu'il ne mentionne pas les besoins des Yéniches, Sintés et Roms nomades[921]. À l'époque, l'ARE n'avait formulé aucune recommandation à cet égard.

À notre avis, les divers exemples évoqués ci-dessus illustrent bien les limites de ce mécanisme et la timidité avec laquelle il est utilisé par les autorités fédérales. Malgré la procédure rigoureuse mise en place par la LAT, il apparaît en effet que les rapports de l'ARE laissent en réalité une importante marge de manœuvre aux cantons. Comme le relève le secrétaire général de la Fondation

conditions de vie nomade et promotion de la culture des Yéniches, des Manouches et des Roms », 11 et 18 ; CONSEIL FÉDÉRAL (2006), Rapport du Conseil fédéral sur la situation des gens du voyage en Suisse, Partie II, 21 ; JUD/RÖTHLISBERGER (2019), 23.

915 EIGENMANN/ GAUDENZ, 27.

916 Office fédéral du développement territorial (ARE), rapport d'examen du plan directeur du canton de Schwyz du 7 septembre 2004, 9.

917 BO/SZ, 17 septembre 2008, 62. Lors des débats parlementaires, un député a rappelé que le canton avait été enjoint par le Conseil fédéral de traiter cette question dans son plan directeur (p. 61).

918 DE GASPARO/RÖTHLISBERGER (2021), 36.

919 Office fédéral du développement territorial (ARE), Rapport d'examen du plan directeur du canton du Tessin du 24 septembre 2013, 12.

920 Office fédéral du développement territorial (ARE), Rapport d'examen du plan directeur du canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures du 20 mars 2018.

921 Office fédéral du développement territorial (ARE), Rapport d'examen du plan directeur du canton des Grisons du 19 septembre 2003.

« Assurer l'avenir des gens du voyage suisses », les recommandations de l'ARE sont d'ailleurs concrétisées de manière très variable selon les cantons[922]. En outre, l'inscription des besoins des Yéniches, Sintés et Roms nomades dans un plan directeur ne se traduit pas toujours par une amélioration de la situation relative aux aires d'accueil dans le canton concerné, en raison des réticences de la population. Dans ces conditions, le mécanisme décrit ci-dessus est intéressant pour sensibiliser les autorités cantonales à leurs obligations dans ce domaine et agit, en ce sens, comme un *tambourin*. Selon nous, la mise en place d'un suivi de la mise en œuvre des recommandations formulées par l'ARE permettrait de donner un peu plus de poids à ce mécanisme.

### 6.2.2. Le plan d'action de l'Office fédéral de la culture (OFC)

À côté des activités menées par l'ARE en lien avec l'approbation des plans directeurs, l'Office fédéral de la culture (OFC) est chargé de la gestion d'un groupe de travail qui élabore des mesures concrètes permettant aux Yéniches, Sintés et Roms nomades de poursuivre un mode de vie qui corresponde à leur culture. Le groupe de travail, « Amélioration des conditions de vie nomade et promotion de la culture des Yéniches, des Manouches et des Roms », créé en réponse à deux motions parlementaires[923], a été placé sous la direction du Département fédéral de l'intérieur, qui a confié la mise en œuvre du mandat à l'OFC[924]. Le groupe de travail comprend des représentants de la Confédération, des cantons, des communes et des organisations Yéniches, Manouches et Roms. Deux sous-groupes de travail (« aires d'accueil » et « culture, formation et prestations sociales ») ont été constitués et ont adopté des recommandations à l'attention de la Confédération, des cantons, des communes et des organisations des minorités[925]. Sur la base de ces recommandations, l'OFC a élaboré un plan d'action qui présente les mesures de soutien aux cantons devant être mises en œuvre par la Confédération afin d'améliorer les conditions de vie des Yéniches, Sintés et Roms nomades (aide financière ou aide à l'élaboration d'un projet d'aire de séjour par exemple)[926]. S'agissant

922 Entretien téléphonique du 15 mai 2019 avec Simon Röthlisberger, secrétaire général de la Fondation « Assurer l'avenir des gens du voyage suisses ».

923 Réponse du Conseil fédéral du 25 juin 2014 aux motions Trede (14.3343) et Semadeni (14.3370), « Protection des minorités nationales. Institution d'un groupe de travail ».

924 OFFICE FÉDÉRAL DE LA CULTURE (2016), Rapport et plan d'action du groupe de travail « Amélioration des conditions de vie nomade et promotion de la culture des Yéniches, des Manouches et des Roms », 6.

925 Ibid, 7.

926 Ibid, 19.

des autres acteurs (cantons, communes, organisations), ils doivent également prendre les mesures nécessaires, conformément aux objectifs identifiés par le groupe de travail[927]. Le travail mené au sein de ce groupe de travail permet donc de répartir les tâches entre les différents acteurs et actrices de la mise en œuvre.

En décembre 2018, l'OFC a publié un « État de la mise en œuvre du plan d'action », qui rend compte des travaux réalisés depuis fin 2016. En lien avec les aires d'accueil, ce rapport relève que « depuis quelques années, un changement d'état d'esprit est toutefois observé dans de nombreux cantons, qui ont lancé des processus visant à créer ou à conserver des aires d'accueil »[928]. Il est vrai que la problématique des aires d'accueil pour les Yéniches, Sintés et Roms nomades a récemment été abordée par plusieurs parlements cantonaux[929]. Malheureusement, cette prise de conscience par les autorités législatives cantonales ne se traduit pas (encore) par une augmentation significative des aires d'accueil pour les membres de ces communautés[930]. En définitive, nous sommes d'avis que l'élaboration et la mise à jour régulière d'un plan d'action sont utiles puisqu'elles permettent de coordonner les tâches entre les différentes autorités concernées. Comme le groupe de travail comprend aussi des représentants des cantons, ce mécanisme permet en outre de diffuser les informations auprès des autorités cantonales. Il s'agit donc ici encore d'un mécanisme de type *tambourin* selon notre catégorisation. Comme l'approbation des plans directeurs cantonaux, l'impact de ce mécanisme sur les autorités législatives cantonales semble toutefois limité compte tenu de la grande marge de manœuvre qu'il laisse aux cantons.

927 Ibid, 16.

928 OFFICE FÉDÉRAL DE LA CULTURE (2018), État de la mise en œuvre du plan d'action (2018) « Amélioration des conditions de vie nomade et promotion de la culture des Yéniches, des Manouches et des Roms », 4.

929 Voir par exemple le crédit-cadre pour la planification et la réalisation d'aires de stationnement destinées aux gens du voyage de nationalité suisse adopté le 8 septembre 2016 par le Grand Conseil du canton de Berne (2016.RRGR.601) ; la motion relative à la création d'un service cantonal concernant les gens du voyage déposée le 19 août 2016 devant le Grand Conseil du canton de Berne et retirée le 22 mars 2017(2016.RRGR.773) ; la résolution « Terrain de stationnement pour les gens du voyage indigènes : à quand une action suivie d'effets ? » adoptée le 3 octobre 2017 par le Grand Conseil du canton de Vaud (17_RES_046) ou l'interpellation relative à la problématique des haltes spontanées des gens du voyage déposée le 20 décembre 2017 devant le parlement du canton d'Argovie (17.241).

930 DE GASPARO / RÖTHLISBERGER (2021), 18 et 24. Les aires de séjours destinées aux Yéniches et Sintés de domicile fixe sont passées de 11 à 16 entre 2000 et 2020. Les aires de passages utilisées par les Yéniches Sintés et Roms nomades durant les beaux jours ont, quant à elles, diminué. De 51 en 2000, il n'en reste plus que 38 en 2020.

### 6.2.3. Le rôle incitateur du Tribunal fédéral

À côté des moyens déployés par l'administration fédérale pour motiver les autorités législatives cantonales à mettre en œuvre leur obligation internationale, le Tribunal fédéral cherche également à encourager l'action des cantons. S'il ne reconnaît pas (encore) de droit à saisir la justice en cas d'inaction de l'autorité législative cantonale, l'évolution de sa jurisprudence dans ce domaine est encourageante pour les droits des Yéniches, Sintés et Roms nomades. Les grandes étapes de cette jurisprudence sont détaillées ci-dessous.

#### 6.2.3.1. Les débuts : La reconnaissance du mode de vie itinérant

Dans un arrêt de 2003, qui concernait le refus des autorités genevoises de construire une aire d'accueil sur un terrain privé situé en zone agricole, le Tribunal fédéral a reconnu pour la première fois qu'il incombait aux autorités en charge de l'aménagement du territoire d'adopter des mesures de planification pour créer de nouvelles aires d'accueil[931]. Cet arrêt faisait suite au recours déposé par Michael, que nous avons présenté en introduction[932]. Pour mémoire, Michael est un membre de la communauté nomade suisse domicilié à Genève, qui s'était vu refuser une autorisation de construire sur un terrain situé dans la zone agricole, sur lequel il souhaitait aménager une place pour caravanes pour s'y établir avec sa famille. En se basant sur la jurisprudence Chapman[933] de la Cour européenne des droits de l'homme, le Tribunal fédéral a rejeté le recours au motif qu'une procédure préalable de planification était nécessaire pour l'aménagement d'une telle place de stationnement[934]. Le Tribunal fédéral a estimé qu'il revenait aux autorités chargées de l'aménagement du territoire de prendre les mesures nécessaires à la création de nouvelles aires d'accueil, considérant la problématique comme une question d'ordre politique[935]. Partant, il a refusé de reconnaître un droit justiciable à l'aménagement d'aires d'accueil pour les gens du voyage[936]. Il a estimé qu'il

931 TRIBUNAL FÉDÉRAL (2003), ATF 129 II 321.

932 Voir point 1.

933 COUREDH (2001), Chapman c. Royaume-Uni du 18 janvier 2001, §§ 73ss. Dans cet arrêt, la CourEDH a considéré que le Royaume-Uni n'avait pas violé l'art. 8 CEDH en refusant l'installation d'une caravane sur un terrain privé pour des raisons inhérentes à l'aménagement du territoire.

934 TRIBUNAL FÉDÉRAL (2003), ATF 129 II 321, c. 3.3.

935 OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (2016), JAAC 2/2017, 43.

936 TRIBUNAL FÉDÉRAL (2003), ATF 129 II 321, c. 3.4 ; OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (2016), JAAC 2/2017, 43. ; Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 10 mars 2016, JAAC 2/2017, 19 ss., 43.

appartenait aux autorités chargées de l'aménagement du territoire de trouver un emplacement adéquat et d'engager une procédure pouvant « aboutir à l'adoption d'un plan d'affectation spécial »[937]. Il n'a toutefois pas sanctionné les autorités genevoises de ne pas avoir agi et n'a pas reconnu l'obligation internationale leur incombant de créer de nouvelles aires d'accueil. Cet arrêt est néanmoins fondamental pour les droits des communautés nomades, dans la mesure où il reconnaît pour la première fois que leurs besoins spécifiques doivent être satisfaits dans le cadre de l'aménagement du territoire[938]. Dans un arrêt de 2019 relatif à la loi neuchâteloise sur le stationnement des communautés nomades (LSCN), le Tribunal fédéral a confirmé sa position, estimant que la mise à disposition d'aires de stationnement était « une question d'ordre politique »[939]. Cette décision est discutée au point suivant.

#### 6.2.3.2. Une erreur de parcours : l'approbation de la loi discriminatoire du canton de Neuchâtel sur les communautés nomades

Dans le canton de Neuchâtel, la loi sur le stationnement des communautés nomades (LSCN) a été adoptée en février 2018. Le rapport du Conseil d'État au Grand Conseil à l'appui du projet relatif à cette loi débute par le passage suivant : « [e]n application des engagements internationaux pris par la Confédération en matière de respect des droits humains et des libertés fondamentales, conformément à diverses normes constitutionnelles fédérales, le Tribunal fédéral (TF) a jugé, dans un arrêt du 28 mars 2003, que les cantons ont une obligation d'aménager des places de stationnement pour les membres de la communauté nomade suisse »[940]. Quant aux débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi, ils ont été entamés de la même manière par le rapporteur désigné : « [l]a loi qui nous est soumise aujourd'hui est là pour répondre à l'obligation faite aux cantons de proposer des places de stationnement pour les communautés de nationalité suisse, Yéniches principalement »[941]. Le préambule de la loi fait également référence au droit international (Pacte international relatif aux droits civils et politiques et Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales).

Ces éléments laissent penser que cette loi a été adoptée en premier lieu pour mettre en œuvre l'obligation du canton de prendre en compte les besoins

937 TRIBUNAL FÉDÉRAL (2003), ATF 129 II 321, c. 3.3.

938 Ibid, c. 3.2. .

939 TRIBUNAL FÉDÉRAL (2019), ATF 145 I 73, c. 7.1.2.

940 CONSEIL D'ÉTAT DU CANTON DE NEUCHÂTEL (6 novembre 2017), Rapport du Conseil d'État au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi sur le stationnement des communautés nomades (LSCN) du 6 novembre 2017, 1.

941 BO/NE, 20 février 2018, 37.

spécifiques des Yéniches, Sintés et Roms nomades. De prime abord, il apparaît en effet que l'autorité législative cantonale souhaitait, avec cette loi, se conformer à son obligation internationale. La réalité est toutefois plus nuancée. En effet, depuis 2010, les convois de Roms nomades étrangers sur l'aire de la Vue des Alpes s'étaient multipliés, entraînant des plaintes de la part du voisinage[942]. En 2015, s'y sont ajoutés des problèmes environnementaux engendrés par les activités de nettoyage des toitures et de réfection des volets exercées par ces communautés[943]. Enfin, les Roms nomades étrangers ont été accusés de faire de la concurrence déloyale[944]. Ces problèmes ont d'ailleurs fait l'objet de questions posées au Conseil d'État par des parlementaires[945]. Pour toutes ces raisons, l'aire de la Vue des Alpes a été fermée par un arrêté temporaire du Conseil exécutif[946]. Les communautés étrangères se sont alors installées de manière illicite à côté de l'autoroute A5 entre Bienne et Neuchâtel, créant des conflits avec la population[947]. L'aire a par conséquent dû être rouverte en 2016[948]. Estimant qu'une telle décision requérait une base légale au sens formel, le Conseil d'État a alors entamé les travaux relatifs à l'élaboration de la LSCN[949]. La LSCN a ainsi été proposée par l'administration cantonale dans le double but de donner un ancrage légal à la planification des aires d'accueil et à la procédure d'expulsion qui existait déjà[950]. Devant le parlement, le projet n'a pas suscité beaucoup d'intérêt de la part des parlementaires[951]. Il a été accueilli favorablement et la loi a finalement été adoptée le 18 février 2018 par 109 voix sans opposition[952]. Elle est entrée en vigueur le 1er avril 2018.

À notre sens, il ressort des éléments exposés ci-dessus que la LSCN a été adoptée uniquement dans le but de réguler le séjour et le transit des Roms nomades étrangers – et non pour mettre en œuvre l'obligation internationale

942 Entretien du 7 octobre 2019 avec CHRISTIAN HAAG, juriste auprès du service juridique de l'État de Neuchâtel.

943 Ibid.

944 Ibid.

945 Question 12.353 du 4 septembre 2012 ; question 16.345 du 26 avril 2016.

946 CONSEIL D'ÉTAT DU CANTON DE NEUCHÂTEL (2015), Arrêté abrogeant l'arrêté temporaire portant sur la mise à disposition d'une aire de transit aux gens du voyage du 16 décembre 2015.

947 HUMANRIGHTS.CH, Aires d'accueil pour les gens du voyage: la loi neuchâteloise passera au Tribunal fédéral.

948 Ibid.

949 Ibid.

950 Ibid.

951 Ibid.

952 BO/NE, 20 février 2018, 52.

de créer des aires de transit pour accueillir ces communautés. Cette volonté de gérer le séjour et le transit des Roms étrangers ressort d'ailleurs du rapport d'information adressé par le Conseil d'État au Grand Conseil le 8 mars 2017 : « [l]a coordination du transit des gens du voyage européens sur le territoire cantonal est une préoccupation importante pour les autorités cantonales dont la responsabilité et *(sic)* de garantir la qualité de vie des citoyennes et citoyens neuchâtelois »[953]. Dans un rapport subséquent, le Conseil d'État indique à nouveau clairement son intention de mettre en place une législation qui rende « possible une évacuation rapide d'un terrain occupé sans l'approbation de son propriétaire »[954]. Il apparaît ainsi que le but de cette loi était de rendre possible une évacuation rapide des campements illicites (art. 24 LSCN). La loi ne contient d'ailleurs aucune disposition visant à favoriser la création de nouvelles aires de stationnement. Dans le même sens, RAINER J. SCHWEIZER et MAX DE BROUWER considèrent, dans un avis de droit rédigé sur mandat de la Commission fédérale contre le racisme, que la LSCN est « d'abord et avant tout une loi spéciale de police », qui ne contient « ni mesures de soutien pour les minorités concernées ni aides sociales pour leurs membres »[955]. Selon eux, l'objectif de cette loi n'est donc pas de remédier au manque d'aires de stationnement pour les Yéniches, Sintés et Roms nomades dans le canton de Neuchâtel, mais d'éviter autant que possible qu'ils séjournent sur le territoire du canton[956].

Vivement critiquée aussi par les communautés concernées, cette loi a fait l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral déposé par deux citoyens yéniches et deux organisations de défense des droits des minorités[957]. Les recourants estimaient notamment que l'art. 24 LSCN allait à l'encontre de leur droit de mener une vie privée et familiale conforme à leur mode de vie traditionnel, garanti par l'art. 8 CEDH[958]. Après une analyse très succincte[959]

953 CONSEIL D'ÉTAT DU CANTON DE NEUCHÂTEL (8 mars 2017), Rapport d'information du Conseil d'État au Grand Conseil concernant la gestion cantonale du transit et des séjours des gens du voyage sur le territoire neuchâtelois du 8 mars 2017, 13.

954 CONSEIL D'ÉTAT DU CANTON DE NEUCHÂTEL (6 novembre 2017), Rapport du Conseil d'État au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi sur le stationnement des communautés nomades (LSCN) du 6 novembre 2017, 2.

955 SCHWEIZER/DE BROUWER (2018), 27.

956 Ibid, 28.

957 SOCIÉTÉ POUR LES PEUPLES MENACÉS, Le Tribunal fédéral doit annuler la loi neuchâteloise sur le stationnement des communautés nomades.

958 TRIBUNAL FÉDÉRAL (2019), ATF 145 I 73, c. 7.

959 Voir en ce sens : VENTURA (2019), 567. Cette auteure s'est livrée à une analyse détaillée de l'ATF 145 I 73 et a estimé, selon nous à juste titre, que le Tribunal fédéral n'avait pas examiné « la conformité de la loi cantonale avec le droit international et plus particulièrement avec les exigences posées par l'art. 8 CEDH dont celles relatives à la protection des minorités ».

de l'art. 8 CEDH et d'une petite partie de la jurisprudence de la Cour dans ce domaine, le Tribunal fédéral a rappelé que ce droit n'était pas absolu et a estimé que la mesure prévue par la LSCN n'y contrevenait pas[960]. Il a ajouté que « le fait qu'il n'y aurait pas assez d'aires de stationnement pour les communautés nomades dans le canton de Neuchâtel [...] [était] une question d'ordre politique qui n'[avait] pas à être traitée dans le cadre du contrôle abstrait d'une loi cantonale »[961]. Le Tribunal fédéral a ainsi approuvé la loi neuchâteloise, sans avoir préalablement examiné si le législateur cantonal avait rempli son devoir de mise en œuvre du droit international et constitutionnel. Comme le relèvent à juste titre EVA MARIA BELSER et LILIANE MINDER dans un avis de droit relatif à cet arrêt, le Tribunal fédéral aurait dû effectuer cet examen dans le cadre du contrôle abstrait de la loi[962]. Ces auteures rappellent à cet égard que « Gesetzgeber aller staatlichen Ebenen sind [...] verpflichtet, die Rechtsordnung so zu gestalten, dass justiziable Grundrechte nicht verletzt und programmatische Pflichten verwirklicht werden »[963]. En se fondant sur un autre arrêt du TF (ATF 137 I 305), elles concluent que « [d]ie Überprüfung eines kantonalen Gesetzes, wie dem LSCN, im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle, muss deshalb nicht nur anhand der justiziablen, sondern insbesondere auch anhand der programmatischen Verpflichtungen des Kantons erfolgen. Die abstrakte Normenkontrolle bietet sich dabei ganz besonders an, um zu überprüfen, ob der Kanton seiner Verwirkungspflicht Rechnung trägt und alle erforderlichen Massnahmen ergreift, die die Umsetzung verfassungs- und völkerrechtlicher Pflichten erfordern »[964]. Dans le même sens, MORGANE VENTURA regrette que malgré la mention de certaines dispositions internationales imposant des obligations législatives aux États parties pour respecter les droits des Yéniches, Sintés et Roms nomades[965], le TF n'ait pas examiné la conformité de la loi neuchâteloise avec ces dispositions[966]. Comme ces auteures, nous estimons que le TF aurait dû faire son travail et rendre une décision incitative comme il l'a fait dans l'ATF 137 I 305[967].

L'histoire n'est toutefois pas encore terminée puisqu'après avoir été déboutées par le TF, les organisations plaignantes ont déposé, le 13 août 2019, une

960 TRIBUNAL FÉDÉRAL (2019), ATF 145 I 73, c. 7.1.2.

961 Ibid.

962 BELSER/MINDER (2019), 24.

963 Ibid, 12.

964 Ibid, 13.

965 TRIBUNAL FÉDÉRAL (2019), ATF 145 I 73, c. 4.

966 Voir VENTURA (2019), 567.

967 Cet arrêt sera analysé au point 8.2.4.

plainte auprès du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale de l'ONU (CERD)[968]. En approuvant la LSCN, elles estiment en effet que la Suisse a violé ses obligations internationales[969]. Selon une recherche sur la base de données relative à la jurisprudence émanant des organes des traités des Nations Unies, cette plainte n'a pas encore été traitée par le CERD à ce jour[970].

Dans un arrêt de 2020 relatif à la loi bernoise sur la police, le Tribunal fédéral a fait un pas de plus vers la reconnaissance des droits des Yéniches, Sintés et Roms nomades en estimant que l'autorité législative était obligée, en vertu du droit international, de prendre des mesures permettant la création de nouvelles aires d'accueil[971]. Ce jugement fait l'objet de la section suivante.

#### 6.2.3.3. La situation actuelle : La reconnaissance d'une obligation de légiférer

Dans le canton de Berne, la loi sur la police (LPol/BE) a été entièrement révisée par le Grand Conseil du canton le 27 mars 2018. Considérant que plusieurs dispositions de cette loi révisée n'étaient pas conformes au droit constitutionnel et international, diverses associations ont déposé un recours abstrait contre cette loi devant le Tribunal fédéral. Ces associations critiquaient notamment les art. 83 al. 1 let. h et 84 al. 4 LPol/BE, relatifs au renvoi et à l'interdiction d'accès de personnes campant sans autorisation sur le terrain d'un particulier ou d'une collectivité publique. Elles estimaient que ces dispositions violaient l'art. 8 CEDH, l'art. 27 du Pacte de l'ONU sur les droits civils et politiques, les art. 4 et 5 de la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales et l'art. 13 de la Constitution fédérale[972]. Les recourantes contestaient notamment la possibilité, prévue par la loi, de renvoyer les personnes campant sans autorisation dans un délai de 24 heures[973].

Après avoir rappelé que les minorités yéniches, sintés et roms étaient protégées par plusieurs conventions internationales, le Tribunal fédéral a analysé en détail les dispositions de ces conventions et la jurisprudence y relative[974]. Il est alors arrivé à la conclusion que les articles de la loi bernoise relatifs à l'expulsion des personnes campant sans autorisation – qui visent en

968 SOCIÉTÉ POUR LES PEUPLES MENACÉS, Yéniches, Sintés et Roms : plainte contre la loi neuchâteloise déposée auprès l'ONU.

969 Ibid.

970 HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, Recherche de documents (dernière consultation le 16 mai 2023).

971 TRIBUNAL FÉDÉRAL (2020), ATF 147 I 103.

972 Ibid, c. 11.

973 Ibid, c. 12.1.

974 Ibid, c. 11.1 à 11.4.

réalité expressément les communautés nomades[975] – portaient une atteinte disproportionnée à leur droit à la vie privée et familiale[976] et qu'ils devaient donc être abrogés[977]. Dans un *obiter dictum*, le Tribunal fédéral a ajouté que l'autorité législative cantonale était obligée, en vertu du droit supérieur, de protéger les Yéniches et Sintés en tant que minorité nationale dans sa législation et de mettre des aires d'accueil à leur disposition[978]. Comme dans l'ATF 137 I 305 relatif à la non-prolongation de la commission zougoise pour l'égalité entre femmes et hommes[979], le Tribunal fédéral reconnaît ainsi l'existence d'un devoir d'agir de l'autorité législative cantonale. Contrairement à cette jurisprudence, le Tribunal fédéral ne s'est toutefois pas livré dans ce cas à une analyse détaillée du mandat assigné à l'autorité législative cantonale par le droit fédéral ou international. Le Tribunal fédéral n'a pas non plus expressément indiqué – comme il l'avait fait dans le cas zougois – qu'il serait inconstitutionnel ou contraire au droit international de renoncer à agir en faveur de la construction de nouvelles aires d'accueil. Néanmoins, la reconnaissance de cette obligation de légiférer constitue une avancée importante pour le respect du mode de vie et des besoins spécifiques des gens du voyage et vient agrandir la brèche qui avait été ouverte par le Tribunal fédéral dans son ATF 137 I 305 afin d'améliorer la protection des droits humains en cas de mise en œuvre insuffisante des obligations adressées au législateur[980].

Bien qu'il ne reconnaisse pas (encore) l'existence d'un droit justiciable à la création d'aires d'accueil pour les Yéniches, Sintés et Roms nomades, le Tribunal fédéral mentionne régulièrement, dans sa jurisprudence, l'obligation des autorités cantonales de créer de nouvelles aires d'accueil pour ces communautés. En déclarant recevables les recours déposés contre l'inaction des autorités législatives cantonales dans ce domaine, le Tribunal fédéral pourrait, à l'avenir, améliorer la problématique des aires d'accueil. Les diverses incitations formulées par le Tribunal fédéral constituent des mécanismes de type *tambourin* puisqu'elles visent à attirer l'attention des autorités concernées sur leur obligation internationale, et non à les punir.

975 Ibid, c. 13.3.

976 Ibid, c. 14.4.3.1.

977 Ibid, c. 14.5.

978 Ibid, c. 14.4.3.1.

979 TRIBUNAL FÉDÉRAL (2011), ATF 137 I 305, c. 5.5. et 6.6. Nous reviendrons sur cet arrêt au point 8.2.4.

980 Voir à ce sujet: SCHMID (2016), 6. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs encore rappelé cette obligation très récemment dans son arrêt 1C_314/2020 (c. 2.2.) relatif à une aire d'accueil du Mont-sur-Lausanne.

### 6.2.4. Les rapports de la Fondation « Assurer l'avenir des gens du voyage suisses »

En plus des différents mécanismes décrits ci-dessus, la Confédération a institué, en 1997, la Fondation « Assurer l'avenir des gens du voyage suisses », dont le but est d'améliorer les conditions de vie des Yéniches, Sintés et Roms nomades[981]. Lors de sa création, la Confédération lui a alloué un capital d'un million de francs et lui verse en outre des contributions annuelles pour ses frais d'exploitation[982]. La Fondation est active dans les domaines suivants : création d'aires d'accueil, suppression des entraves au mode de vie itinérant et meilleure compréhension du mode de vie nomade en Suisse[983]. SIMON RÖTHLISBERGER, secrétaire général de la Fondation, précise que celle-ci a une fonction de support et de conseil pour les cantons ; elle permet d'organiser des rencontres entre les exécutifs cantonaux et de favoriser la collaboration entre la Confédération, les cantons et les communes[984]. Depuis début 2022, la Fondation est également active dans le domaine social et fournit des conseils aux Yéniches, Sintés et Roms nomades[985].

La création de nouvelles aires de séjour est la préoccupation principale de la Fondation[986]. En 2000, elle a mandaté le bureau d'aménagement du territoire ERR (EIGENMANN, REY, RIETMANN, aménagiste FUS SIA, St-Gall) pour rédiger un rapport d'expertise sur la question des Yéniches, Sintés et Roms nomades en Suisse dans le contexte de l'aménagement du territoire[987]. Le premier rapport « Yéniches, Sintés et Roms nomades et aménagement du territoire » a été publié en 2001 et a ensuite été actualisé tous les cinq ans (rapports 2005, 2010, 2015 et 2021). L'objectif de ces rapports est d'exposer la situation des aires de séjour et de transit existantes et de faire des propositions à la Confédération et aux cantons afin qu'ils puissent créer de nouvelles aires[988]. Alors que la rédaction des quatre premiers rapports avait été confiée au bureau ERR, le rapport 2021 a été réalisé, pour la première fois, en interne. Cette démarche

981 FONDATION ASSURER L'AVENIR DES GENS DU VOYAGE SUISSES, Portrait.

982 OFFICE FÉDÉRAL DE LA CULTURE (2016), Rapport et plan d'action du groupe de travail « Amélioration des conditions de vie nomade et promotion de la culture des Yéniches, des Manouches et des Roms », 12.

983 Ibid. ; FONDATION ASSURER L'AVENIR DES GENS DU VOYAGE SUISSES, Portrait.

984 Entretien téléphonique du 15 mai 2019 avec Simon Röthlisberger, secrétaire général de la Fondation « Assurer l'avenir des gens du voyage suisses ».

985 Courriel de SIMON RÖTHLISBERGER du 15 septembre 2022.

986 FONDATION ASSURER L'AVENIR DES GENS DU VOYAGE SUISSES, À propos.

987 EIGENMANN/GAUDENZ (2016), Gens du voyage et aménagement du territoire, Rapport 2015, 7.

988 Ibid.

se justifie par la nécessité de connaître en détail les défis liés au mode de vie nomade des Yéniches, Sintés et Roms en Suisse ainsi que les principaux acteurs[989]. Ces rapports, mis à jour tous les cinq ans, identifient les mesures adoptées par les différents cantons suisses afin d'améliorer la situation des Yéniches, Sintés et Roms nomades sur leur territoire. Ils offrent ainsi un état des lieux de la situation de l'aménagement d'aires d'accueil dans les cantons et mettent en avant certains exemples de bonnes pratiques. Le rapport 2021 diffère des éditions précédentes en plusieurs points. En particulier, il identifie de manière plus précise, en fonction des préférences des Yéniches, Sintés et Roms, les emplacements où des aires supplémentaires sont nécessaires[990]. En 2019, la Fondation a par ailleurs publié, en collaboration avec EspaceSuisse, un exemplaire du magazine « Territoire et Environnement » sur la question des aires d'accueil pour les Yéniches, Sintés et Roms[991]. Ces différents documents ont plusieurs avantages. Ils informent les autorités compétentes de leur obligation de créer des aires d'accueil et rappellent les bases internationales sur lesquelles elle se fonde. Par ailleurs, la collecte de données nécessaire à la rédaction de ces rapports permet de mettre en contact les divers acteurs concernés par la problématique. Enfin, ils identifient les cantons et les régions dans lesquelles la création de nouvelles aires est nécessaire. Ces différentes mesures sont toutes fondées sur les mêmes principes : la diffusion d'informations et l'incitation à agir. Elles peuvent être qualifiées de mécanismes de type *tambourin*. En parallèle, ces rapports fournissent également des exemples de bonnes pratiques, qui peuvent inciter les autorités d'autres cantons à prendre des mesures similaires. Cette forme de *naming and praising* doit être qualifiée de mécanisme de type *carotte*[992].

Évidemment, des mesures de ce type sont utiles dans la mesure où elles permettent de faciliter grandement le travail des autorités compétentes au niveau cantonal. Malheureusement, face au manque d'acceptation des Yéniches, Sintés et Roms nomades par la population sédentaire[993], la planification de nouvelles aires se fait toutefois de manière très lente[994]. Il apparaît ainsi que même si les mesures prônées par la Fondation sont régulièrement

989 DE GASPARO/RÖTHLISBERGER (2021), 9.

990 Ibid, 11.

991 BÜHLMANN/STRAUMANN (2019).

992 Voir à ce sujet le point 9.2.1.

993 Ce manque d'acceptation de la population nomade est mentionné à plusieurs reprises dans le dernier rapport 2021 de la Fondation : DE GASPARO/RÖTHLISBERGER (2021), 37 et 39.

994 Ibid, 37. ; OFFICE FÉDÉRAL DE LA CULTURE (2016), Rapport et plan d'action du groupe de travail « Amélioration des conditions de vie nomade et promotion de la culture des Yéniches, des Manouches et des Roms », 28.

citées comme références par les autorités cantonales[995], ces dernières gardent une marge d'appréciation très importante dans ce domaine.

### 6.2.5. Une pétition pour demander la construction d'une nouvelle aire d'accueil

Les mécanismes qui visent à encourager les parlementaires cantonaux à légiférer en faveur de la création de nouvelles aires d'accueil émanent aussi, parfois, des communautés nomades elles-mêmes (mécanisme *bottom-up*). Par exemple, dans le canton de Vaud plusieurs familles Yéniches ont déposé, en date du 20 novembre 2012, une pétition devant le Grand Conseil afin de demander l'aménagement de terrains de stationnement pour les Yéniches, Sintés et Roms indigènes[996]. L'existence d'une obligation internationale a été utilisée comme argument devant le Grand Conseil pour soutenir la création de cette nouvelle aire[997]. Le 30 avril 2013, le Grand Conseil a décidé que la pétition était digne d'intérêt et l'a transmise au Conseil d'État[998]. Le Conseil d'État, conjointement avec le médiateur cantonal pour les Yéniches, Sintés et Roms nomades, ETIENNE ROY, a alors entrepris de nombreuses démarches pour trouver un terrain, qui ont mené à l'élaboration d'un plan d'affectation cantonal relatif à la création d'une aire d'accueil pour les Yéniches, Sintés et Roms nomades indigènes au Mont-sur-Lausanne[999]. Le plan d'affectation a été approuvé par le département du territoire et de l'environnement (DTE) le 23 août 2019[1000]. La procédure a toutefois été suspendue à la suite d'une procédure judiciaire intentée par deux voisins du périmètre du plan d'affectation litigieux[1001]. En dernière instance, le Tribunal fédéral a rejeté le recours des opposants et a rappelé que les plans d'aménagement devaient prévoir des emplacements appropriés, qui puissent servir de lieu de résidence à ce groupe de la population[1002].

995 Voir par exemple la mesure B43 du plan directeur du canton Vaud, 154. Voir également la mesure S8 du « Richtplan 2018 – Entwurf für das öffentliche Mitwirkungsverfahren » du canton de Glaris, qui mentionne les besoins des Yéniches, Sintés et Roms nomades et suit scrupuleusement les conseils de la Fondation.

996 Pétition relative à l'aménagement par le canton de Vaud de terrains de stationnement pour les Yéniches, Sintés et Roms nomades indigènes, en vertu de la reconnaissance par la Confédération de leur communauté au titre de minorité ethnique nationale (12_PET_003).

997 BO/VD, 30 avril 2013, 29.

998 BO/VD, 30 avril 2013, 28.

999 ÉTAT DE VAUD, La procédure d'aménagement d'une place d'accueil pour les gens du voyage indigènes franchit une étape.

1000 Ibid.

1001 TRIBUNAL FÉDÉRAL (2021), Arrêt 1C_314/2020, c. 1.

1002 Ibid, c. 2.2.

Il est difficile d'évaluer le rôle qu'a joué la pétition déposée en 2012 dans le processus ayant mené à la création d'une nouvelle aire au Mont-sur-Lausanne. Certes, le parlement aurait peut-être agi ultérieurement sans cette dernière. Elle a toutefois le mérite d'avoir remis la problématique à l'ordre du jour. Un tel mécanisme doit être qualifié de *tambourin*, puisqu'il agit en « faisant du bruit ». À l'inverse des mécanismes qui émanent de l'administration (fédérale ou cantonale) ou de la société civile – qui diffusent des informations à large échelle – ce type de mécanismes permet de mettre la problématique des aires d'accueil sur le devant de la scène politique dans un canton précis. Ce type de démarche peut permettre de faire avancer les choses plus rapidement dans le canton en question[1003].

### 6.2.6. Les aides financières de la Confédération

La Confédération a la possibilité d'aider financièrement les cantons à assurer leurs tâches publiques[1004]. En lien avec les aires d'accueil pour les Yéniches, Sintés et Roms nomades, la Confédération peut aider financièrement les cantons en leur octroyant des subventions ou en mettant gratuitement des terrains à leur disposition. Par exemple, dans le canton de Vaud, le projet relatif à la création d'une aire d'accueil au Mont-sur-Lausanne, évoqué ci-dessus, a bénéficié d'une subvention de la part de l'Office fédéral de la culture[1005]. Selon le médiateur cantonal pour les gens du voyage, ETIENNE ROY, l'octroi de la subvention a certainement aidé à faire passer le projet auprès de la population[1006]. Dans le canton de Berne, l'Office fédéral des routes (OFROU) a récemment mis gratuitement un terrain à disposition du canton afin d'y construire une aire de transit pour les gens du voyage étrangers[1007]. Lors des débats parlementaires relatifs à l'adoption d'un crédit de 3,33 millions dédié à la construction de cette nouvelle aire, plusieurs parlementaires ont invoqué l'argument de la mise à disposition gratuite d'un terrain par la Confédération pour faire passer le projet[1008]. Enfin, le rapport d'information du Conseil d'État neuchâtelois au Grand Conseil concernant la gestion cantonale du transit et

1003 DE GASPARO/RÖTHLISBERGER (2021), 37.

1004 MALINVERNI et al. (2021), 466.

1005 ÉTAT DE VAUD, La procédure d'aménagement d'une place d'accueil pour les gens du voyage indigènes franchit une étape.

1006 Entretien du 14 octobre 2019 avec ETIENNE ROY, préfet du Nord-vaudois et médiateur cantonal pour les gens du voyage.

1007 CONSEIL-EXÉCUTIF DU CANTON DE BERNE (2018), Rapport du 5 décembre 2018 sur un crédit d'objet pour la planification, l'étude de projet et la réalisation d'une aire de transit destinée aux gens du voyage étrangers à Wileroltigen, 8.

1008 BO/BE, 13 mars 2019, 393, 395, 396, 403.

des séjours des Yéniches, Sintés et Roms nomades sur le territoire neuchâtelois indique clairement l'intention du canton de profiter des subventions offertes par la Fondation « Assurer l'avenir des gens du voyage suisses » pour soutenir la création d'une aire de passage[1009].

Dans un domaine politiquement sensible comme celui des aires d'accueil pour les Yéniches, Sintés et Roms nomades, la mise en place de mécanismes incitatifs semble être en mesure de jouer un rôle facilitateur. De tels mécanismes, basés sur l'octroi d'une récompense, font partie du type *carotte*.

### 6.2.7. L'adoption d'une conception fédérale « aires de transit »

Comme nous l'avons vu au fil de ce chapitre, malgré la mise en place de nombreux mécanismes d'encouragement plutôt « doux » dans les vingt dernières années, le nombre d'aires d'accueil pour les Yéniches, Sintés et Roms nomades n'a pas connu de véritable amélioration. Dans ces conditions, il est légitime de se demander si ces mécanismes sont suffisants ou, au contraire, s'il est nécessaire d'adopter des mesures plus coercitives. Il semblerait que de telles mesures soient sur le point de voir le jour. Récemment, la Confédération a en effet estimé que la planification d'aires de transit pour les Roms nomades étrangers requérait « la mise en œuvre de solutions au niveau suprarégional » et que l'instrument désigné pour y parvenir était la conception, prévue par l'art. 13 LAT[1010]. Une conception « aires de transit » est actuellement en train d'être élaborée par l'Office fédéral de la culture[1011].

La conception est un instrument grâce auquel la Confédération peut exercer les activités qui sont les siennes et qui ont des effets sur l'organisation du territoire[1012]. L'adoption d'une conception par la Confédération est subordonnée à l'existence d'une compétence fédérale dans le domaine concerné[1013]. Tel est notamment le cas dans les domaines du transport ferroviaire, de la navigation, de l'aviation[1014] ou de l'armée[1015]. Aucune disposition n'octroie toutefois

1009 CONSEIL D'ÉTAT DU CANTON DE NEUCHÂTEL (8 mars 2017), Rapport d'information du Conseil d'État au Grand Conseil concernant la gestion cantonale du transit et des séjours des gens du voyage sur le territoire neuchâtelois du 8 mars 2017, 16.

1010 OFFICE FÉDÉRAL DE LA CULTURE (2016), Rapport et plan d'action du groupe de travail « Amélioration des conditions de vie nomade et promotion de la culture des Yéniches, des Manouches et des Roms », 19.

1011 OFFICE FÉDÉRAL DE LA CULTURE (2018), État de la mise en œuvre du plan d'action (2018) « Amélioration des conditions de vie nomade et promotion de la culture des Yéniches, des Manouches et des Roms », 7.

1012 ZEN-RUFFINEN/GUY-ECABERT (2001), 97 s.

1013 HÄNNI (2016), 105.

1014 Art. 87 Cst.

1015 Art. 58 Cst.

explicitement de compétence à la Confédération dans le domaine des aires d'accueil destinées aux Roms nomades étrangers. Partant, sur quelle base légale la Confédération se fonde-t-elle pour l'élaboration de sa conception relative aux aires de transit ? Il est probable qu'elle ait déduit cette compétence de l'art. 75 al. 2 Cst., qui prévoit que la Confédération encourage et coordonne les efforts des cantons en matière d'aménagement du territoire. Ce mandat constitutionnel est concrétisé par l'art. 1 al. 2 let. f LAT, selon lequel la Confédération, les cantons et les communes soutiennent les efforts entrepris aux fins d'encourager l'intégration des étrangers et la cohésion sociale. L'art. 3 al. 4 LAT ajoute que l'implantation des constructions et installations publiques ou d'intérêt public doit être déterminée selon des critères rationnels. La Confédération pourrait également se fonder sur cet article pour justifier l'adoption d'une conception relative aux aires de transit pour les Roms étrangers. À notre avis, l'adoption d'une conception va toutefois plus loin que de simples mesures de coordination puisqu'elle pose un cadre contraignant pour les autorités cantonales (art. 22 al. 1 OAT). Dans ces conditions, nous sommes d'avis qu'en adoptant une conception dans ce domaine, la Confédération ferait une interprétation extensive de sa compétence en matière d'aménagement du territoire. D'un point de vue juridique, l'adoption d'une conception fédérale relative aux aires de transit devrait donc, selon nous, être subordonnée à la création d'une nouvelle compétence fédérale dans ce domaine.

Malgré l'absence d'une compétence fédérale explicite dans ce domaine, la Confédération travaille actuellement sur l'élaboration d'une conception relative aux aires de transit[1016]. En considérant que « l'action coordinatrice de la Confédération paraît s'imposer ici avec urgence si l'on veut espérer pouvoir créer des nouvelles aires ces prochaines années »[1017], la Confédération semble partir du principe que l'adoption d'une conception relative aux aires de transit fait partie des tâches de coordination visées par l'art. 75 al. 2 Cst.

Compte tenu de la réticence, exprimée par plusieurs cantons, à créer des aires de transit sur leur territoire, l'adoption d'une conception dans ce domaine se justifie sur le plan politique. Il est vrai que la planification d'aires de transit dépasse le cadre cantonal et requiert un gros effort de coordination[1018]. Les cantons semblent d'ailleurs favorables à la réalisation d'une telle conception[1019].

1016 Courriel du 26 octobre 2021 de Fiona Häusler, cheffe du service langues et sociétés de l'Office fédéral de la culture.

1017 OFFICE FÉDÉRAL DE LA CULTURE (2018), État de la mise en œuvre du plan d'action (2018) « Amélioration des conditions de vie nomade et promotion de la culture des Yéniches, des Manouches et des Roms », 6.

1018 Voir en ce sens JUD/RÖTHLISBERGER (2019), 18.

1019 Voir par exemple : BO/NE, 19 février 2020, 94 : Dans une réponse à une question posée par le Groupe UDC, le Conseiller d'État LAURENT FAVRE a indiqué que « depuis plusieurs

Selon SIMON RÖTHLISBERGER, une planification fédérale dans ce domaine se justifie en outre par la nécessité de répartir ces aires sur l'ensemble du territoire suisse ; il n'est pas nécessaire que chaque canton dispose d'une aire de transit pour les Roms nomades étrangers[1020]. Pour lui, en présence de compétences partagées, une conception dans laquelle les questions de financement sont également clarifiées est la bonne réponse en termes d'aménagement du territoire[1021].

Qu'elle se fonde sur une nouvelle compétence fédérale ou sur le droit positif actuel (Constitution et LAT), la conception « aires de transit » qui est en cours d'élaboration constituera un mécanisme de type *poya*. Selon l'Office fédéral de la culture, la conception visera en effet à régler les responsabilités entre les cantons et la Confédération au niveau organisationnel et financier et à définir un besoin en nombre de places par région[1022]. Dans ces conditions, il apparaît que ce mécanisme n'aura pas pour effet de punir les autorités législatives en agissant à leur place, ce qui permettrait de le qualifier de *bâton*. Au contraire, la conception adoptée par l'Office fédéral de la culture cherchera plutôt à guider les autorités cantonales. En outre, compte tenu du caractère contraignant de la conception, un tel mécanisme ne peut pas non plus être qualifié de *tambourin :* il va plus loin que la diffusion d'informations.

## 6.3. Conclusion

Comme nous l'avons vu dans le présent chapitre, il existe de nombreux mécanismes visant à inciter les parlements cantonaux à légiférer en faveur de la création d'aires de stationnement pour les Yéniches, Sintés et Roms nomades. Pour la plupart, il s'agit de mécanismes de type *tambourin* dont l'objectif est d'attirer l'attention des autorités législatives cantonales sur leur obligation de légiférer dans ce domaine (l'approbation des plans directeurs cantonaux par l'ARE, le plan d'action de l'Office fédéral de la culture, le rôle incitateur joué par le Tribunal fédéral, les rapports de la Fondation « Assurer l'avenir des gens du voyage suisses », le dépôt d'une pétition). Nous avons également observé un

années, le Conseil d'État a demandé, et s'engage pour une planification supracantonale des aires de transit pour les gens du voyage européens. Les travaux de la Confédération vont bon train dans ce sens, dans l'élaboration d'une conception nationale des aires de transit ».

1020 Entretien téléphonique du 15 mai 2019 avec SIMON RÖTHLISBERGER, secrétaire général de la Fondation « Assurer l'avenir des gens du voyage suisses ».

1021 Courriel du 15 septembre 2022 de SIMON RÖTHLISBERGER.

1022 Courriel du 26 octobre 2021 de FIONA HÄUSLER, cheffe du service langues et sociétés de l'Office fédéral de la culture.

mécanisme de type *carotte*, basé sur un système de récompense : les subventions octroyées par la Confédération. Enfin, bien que sa validité soit controversée selon nous, la conception « aires de transit » qui est en cours d'élaboration par la Confédération, devra être qualifiée de *poya* au vu de son rôle de coordination.

Si ces mécanismes ont permis l'inscription des besoins des Yéniches, Sintés et Roms nomades dans la quasi-totalité des plans directeurs cantonaux, ils n'ont cependant pas permis d'améliorer la situation relative aux aires d'accueil sur le territoire suisse[1023]. Comme nous l'avons vu, ce constat est dû au manque d'acceptation sociétale des communautés nomades[1024]. Quelle est alors la solution ? Faut-il mettre en place des mécanismes plus coercitifs ou, face au manque d'acceptation de ces communautés par la population sédentaire, de tels mécanismes seraient-ils aussi voués à l'échec ? Dans sa thèse de doctorat consacrée à « la situation juridique des Tziganes en Suisse », JOËLLE SAMBUC BLOISE considère que la réalisation d'une politique efficace dans ce domaine impose une coordination accrue au niveau fédéral[1025]. Elle encourage dès lors la Confédération à « conduire un travail systématique de sensibilisation et d'information auprès de toutes les autorités compétentes, cantonales et communales »[1026]. Nous adhérons à ce constat et sommes d'avis que l'adoption de mécanismes d'information, de communication et de sensibilisation – en particulier au niveau fédéral – sont de bons outils pour arriver à une plus grande acception de la population nomade en Suisse. Ce chapitre souligne toutefois aussi les limites de ces mécanismes. Dans ce domaine d'une grande sensibilité politique, ils s'avèrent parfois n'être que de peu d'utilité. Il n'y a pas de solution miracle et comme l'indique la Fondation « Assurer l'avenir des gens du voyage suisses » dans son rapport 2021, « l'acceptation de la population nomade par la société constituera un travail de longue haleine »[1027]. À notre avis, cette étude de cas permet de bien se rendre compte de l'importance des conditions et des facteurs politiques et sociaux sur la mise en œuvre du droit international.

Le chapitre suivant, qui traite de l'obligation internationale de mettre en place un système d'éducation inclusif nous permettra de discuter, notamment, le rôle que peuvent jouer des experts et des expertes pour encourager et accompagner le processus d'adoption de lois cantonales de mise en œuvre du droit international. De telles mesures, qui apportent un soutien juridique aux autorités cantonales en charge de la mise en œuvre, constituent des mécanismes de type *tambourin*.

1023 DE GASPARO/RÖTHLISBERGER (2021), 37 ; JUD/RÖTHLISBERGER (2019), 8.

1024 DE GASPARO/RÖTHLISBERGER (2021), 6.

1025 SAMBUC BLOISE (2007), 512.

1026 Ibid.

1027 DE GASPARO/RÖTHLISBERGER (2021), 39.

# 7. L'utilisation d'expertises pour encourager le passage vers un système d'éducation inclusif

La Suisse a signé plusieurs traités internationaux (Pacte ONU I, CDE, CEDH) qui consacrent le droit à l'éducation sans discrimination des enfants en situation de handicap. Avec la ratification, en 2014, de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH)[1028], la Suisse doit non seulement assurer une éducation sans discrimination, mais elle a désormais l'obligation de mettre en place un système d'éducation inclusif. L'interprétation de la notion d'inclusion n'est pas aisée, mais elle est cruciale pour la mise en œuvre de cette obligation. Nous en tracerons les contours ci-dessous. Nous définirons ensuite l'obligation de mettre en place un système d'éducation inclusif (point 7.1) avant de nous intéresser aux mécanismes grâce auxquels cette obligation est mise en œuvre par les cantons, qui sont compétents en matière de pédagogie spécialisée[1029] (point 7.2).

À titre préliminaire, il nous paraît nécessaire de préciser la notion de handicap, qui figure au cœur du présent chapitre. Cette notion est aujourd'hui généralement comprise dans son acception sociale, soit comme résultant d'un problème structurel empêchant ces personnes d'accomplir leurs activités habituelles dans l'environnement qui les entoure[1030]. Le handicap se définit ainsi comme une réalité relative et évolutive « qui surgit ou disparaît en fonction de la capacité de l'environnement de s'adapter aux besoins de la personne atteinte dans sa santé »[1031]. Cependant, il n'en fut pas toujours ainsi. Longtemps, le handicap fut considéré comme « la conséquence inexorable d'une caractéristique individuelle, corporelle, mentale ou psychique » et le droit visait alors uniquement à compenser les effets d'une invalidité par un soutien matériel et à encourager la capacité de gain pour permettre aux personnes

1028 Convention relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006 (CDPH, RS 0.109).

1029 Art. 62 al. 3 Cst.

1030 En ce sens : BYRNE (2019), 862 ; PREVITALI (2014), 364 ; GARDOU (2012), 141 ; HESS-KLEIN (2017), 17.

1031 PREVITALI (2014), 364. Voir également HOTTELIER (2016), 327.

concernées d'avoir une vie autonome[1032]. Cette approche individuelle reposait sur une perception essentiellement médicale du handicap[1033]. L'approche actuelle se base désormais sur les droits humains et reconnaît le rôle que jouent les barrières sociales dans la qualification du handicap[1034].

Comme nous le verrons plus en détail dans les paragraphes qui suivent, dans le domaine particulier de l'éducation, cette approche implique de ne pas séparer les enfants et les jeunes en situation de handicap de leurs camarades sans handicap[1035]. On parle alors d'éducation inclusive. Cette notion, cruciale dans le présent chapitre, prend place parmi trois autres, dont elle doit être distinguée : l'intégration, l'exclusion et la ségrégation. L'intégration vise à scolariser les élèves en situation de handicap dans une école ordinaire « pour autant qu'il[s] parvienne[nt] à s'adapter aux dispositions normalisées de l'école. La stratégie de l'intégration vise uniquement à accroître la capacité de l'élève à respecter les normes établies »[1036]. L'intégration se limite à la seule présence physique des élèves en situation de handicap dans une classe ordinaire, sans réflexion sur les conditions de cet accueil[1037]. L'inclusion quant à elle va plus loin : c'« est un processus qui reconnaît : a) l'obligation d'éliminer les obstacles qui limitent ou interdisent la participation ; b) la nécessité de modifier la culture, les orientations et la pratique des écoles ordinaires afin de tenir compte des besoins de tous les élèves, notamment ceux qui sont handicapés »[1038]. L'inclusion implique donc que l'école se transforme afin que tous les enfants y aient leur place[1039]. Selon le modèle de l'exclusion, les élèves en situation de handicap sont écartés du système scolaire et placés dans une institution spécialisée sans accès à l'éducation[1040]. Enfin, la ségrégation consiste

1032 HESS-KLEIN (2017), 13.

1033 SCHEFER/HESS-KLEIN (2013), 4.

1034 WADDINGTON/PRIESTLEY (2021), 2 ; HESS-KLEIN (2017), 17. WADDINGTON et PRIESTLEY précisent qu'il existe une différence entre l'approche fondée sur les droits humains et la conception sociale du handicap. Ainsi selon eux, la conception sociale du handicap reconnaît les personnes handicapées mais se concentre sur les barrières sociales, alors que l'approche fondée sur les droits humains se concentre sur les personnes mais reconnaît les barrières sociales (WADDINGTON/PRIESTLEY (2021), 4.)

1035 MIZRAHI (2017), 182.

1036 CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME (2013), Étude thématique sur le droit des personnes handicapées à l'éducation, A/HRC/25/29, § 4 ; MIZRAHI (2017), 184.

1037 PLAISANCE et al. (2007), 159.

1038 CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME (2013), Étude thématique sur le droit des personnes handicapées à l'éducation, A/HRC/25/29, § 7.

1039 PLAISANCE et al. (2007), 160.

1040 CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME (2013), Étude thématique sur le droit des personnes handicapées à l'éducation, A/HRC/25/29, § 4 ; MIZRAHI (2017), 184.

à envoyer les élèves en situation de handicap dans un établissement scolaire spécialisé[1041]. Ces quatre stratégies sont fréquemment illustrées de la manière suivante :

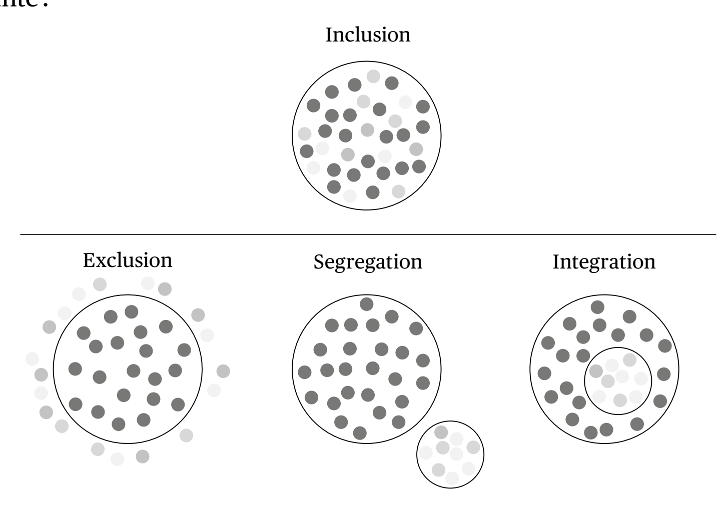



**Image 1 : Schéma représentant les quatre stratégies relatives à la scolarisation des élèves handicapés**

## 7.1. L'obligation internationale de légiférer

L'obligation étudiée dans le présent chapitre est celle de mettre en place un système d'éducation inclusif. Cette obligation peut être déduite – de manière plus ou moins évidente – de plusieurs conventions internationales (point 7.1.1). Dans l'ordre juridique suisse, elle incombe aux autorités législatives cantonales (point 7.1.2).

### 7.1.1. Les sources internationales de l'obligation

L'obligation internationale de mettre en place un système d'éducation inclusif est exprimée d'une manière claire à l'art. 24 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées. D'autres traités moins récents protègent également le droit à l'éducation des personnes handicapées, mais ne garantissent pas nécessairement l'inclusion. Ces diverses conventions sont analysées dans les paragraphes qui suivent.

1041 CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME (2013), Étude thématique sur le droit des personnes handicapées à l'éducation, A/HRC/25/29, § 4.

### 7.1.1.1. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

Selon l'art. 13 para. 1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I), « [l]es États parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à l'éducation ». Comme pour tous les autres droits consacrés par le Pacte, les États parties ont l'obligation, en vertu de l'art. 2 para. 1, d'assurer l'exercice de ce droit « par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives ». La mise en évidence des mesures législatives dans le texte de cette disposition dénote leur importance pour la mise en œuvre des droits contenus dans le Pacte, y compris le droit à l'éducation. Par ailleurs, l'art. 2 para. 2 du Pacte oblige les États parties à garantir ce droit sans discrimination. Même si le handicap n'est pas expressément mentionné dans le texte de cette disposition, il est largement reconnu que les personnes handicapées sont visées par l'interdiction de discrimination fondée sur « toute autre situation »[1042]. Ainsi, lu en parallèle avec l'art. 2 para. 1 et 2, l'art. 13 para. 1 du Pacte ONU I impose aux États parties d'adopter « en particulier » des mesures législatives pour réaliser le droit à l'éducation sans discrimination à l'égard des personnes en situation de handicap. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels estime que le meilleur moyen d'y parvenir est l'« intégration » de ces personnes dans le système d'éducation ordinaire[1043]. Il n'est toutefois pas possible de déduire du texte de la Convention un véritable droit à une éducation inclusive.

### 7.1.1.2. La Convention relative aux droits de l'enfant

En vertu de l'art. 28 para. 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant[1044], « [l]es États parties reconnaissent le droit de l'enfant à l'éducation ». Pour assurer l'exercice de ce droit sur la base de l'égalité des chances, « ils rendent l'enseignement primaire obligatoire et gratuit pour tous » (art. 28 al. 1 let. a CDE). L'art. 28 CDE doit être lu dans son contexte (art. 31 CVT), à savoir en premier lieu à la lumière des autres dispositions de la Convention. L'art. 4 CDE prévoit que « [l]es États parties s'engagent à prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente Convention ». Les mesures législatives revêtent une importance particulière puisqu'elles sont expressément mentionnées dans

1042 Voir notamment CESCR (1994), Observation générale n° 5: Personnes souffrant d'un handicap, E/1995/22, § 5.

1043 Ibid, § 35. ; CESCR (1999), Observation générale n° 13: le droit à l'éducation, E/C.12/1999/10, § 36.

1044 Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (CDE ; RS 0.107).

le texte de l'art. 4 CDE, alors qu'il existe un vaste choix de mesures pour mettre en œuvre les droits garantis par la Convention (mesures judiciaires, éducatives, budgétaires, réglementaires et autres). Ainsi malgré la formulation de l'art. 28 para. 1 CDE, selon laquelle les États « reconnaissent » simplement le droit à l'éducation, ils doivent également prendre des mesures positives, conformément à l'art. 4 de la Convention.

Par ailleurs, l'art. 2 para. 1 CDE précise que les droits contenus dans la Convention sont garantis à tous les enfants « indépendamment [...] de leur incapacité [...] ou de toute autre situation ». L'art. 2 para. 2 CDE ajoute que « [l]es États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ». Cet article consacre ainsi une obligation positive à la charge des États de prévenir les discriminations ; cela passe notamment par l'adoption de lois de non-discrimination[1045]. En outre, contrairement à d'autres conventions internationales (Pacte ONU I, Pacte ONU II, CERD, CEDEF), l'art. 2 para. 1 CDE interdit expressément les discriminations fondées sur un handicap. Combiné aux art. 2 et 4 CDE, l'art. 28 CDE impose ainsi aux États parties de prendre des mesures, notamment législatives, pour assurer le droit à l'éducation des enfants handicapés sans discrimination. Au moment de l'adoption de la CDE en 1989, l'objectif d'éducation inclusive n'a pas été explicitement formulé dans la Convention. Le Comité des droits de l'enfant a toutefois reconnu plus tard, en s'inspirant des travaux relatifs à l'adoption de la CDPH[1046], que « [l]'éducation des enfants handicapés [devait] être axée sur leur intégration » et a encouragé « les États parties qui ne l'[avaient] pas encore fait à introduire les mesures nécessaires pour mettre en place un programme d'intégration »[1047].

Enfin, l'art. 23 para. 1 CDE reconnaît « que les enfants mentalement ou physiquement handicapés doivent mener une vie pleine et décente, dans des conditions qui garantissent leur dignité, favorisent leur autonomie et facilitent leur participation active à la vie de la collectivité ». À son paragraphe 3, il précise que les enfants handicapés doivent bénéficier d'une aide étatique leur permettant d'avoir effectivement accès – entre autres – à l'éducation. Comme l'art. 28 CDE, cette disposition doit être lue en lien avec l'art. 4, qui oblige les États à prendre des « mesures législatives, administratives et autres ». Ainsi, cette disposition impose également aux États de prendre des mesures positives visant à offrir une éducation non discriminatoire aux enfants handicapés. Le Comité des droits de l'enfant précise à cet égard que « [l]es mesures prises en

1045 BESSON/KLEBER (2019), 51.

1046 COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT (2007), Observation générale no 9 (2006), CRC/C/GC/9, 20.

1047 Ibid.

vue de la mise en œuvre des droits consacrés par la Convention concernant les enfants handicapés, par exemple dans les domaines de l'éducation et de la santé, devraient explicitement viser à l'intégration maximale de ces enfants dans la société »[1048].

Ces différentes dispositions permettent d'établir l'existence d'une obligation, passant notamment par l'adoption de mesures législatives, de faciliter l'accès des enfants handicapés à l'éducation. Comme nous le verrons avec l'exemple de la Suisse, l'adoption de législations constitue souvent le moyen approprié de réaliser cette obligation. Un droit à l'éducation inclusive ne peut toutefois pas être déduit du texte de la Convention.

#### 7.1.1.3. La Convention relative aux droits des personnes handicapées

Comme nous l'avons vu ci-dessus, il est possible de déduire de plusieurs traités internationaux une obligation à la charge des États de mettre en place un système éducatif non discriminatoire pour les personnes handicapées. Ces conventions n'ont toutefois pas expressément pour but de protéger ce groupe de personnes et leur aptitude à protéger les personnes handicapées est limitée[1049]. En outre, ces conventions ne consacrent pas expressément un droit à l'éducation inclusive. La CDPH, adoptée en 2006, offre une protection spécifique aux personnes handicapées et permet de tenir compte de la composante sociale du handicap, soit la question de l'adaptation de l'environnement[1050]. Selon la CDPH, les personnes handicapées ont le droit à une participation pleine et effective à la société sur la base de l'égalité avec les autres[1051]. D'une manière générale elle vise à « promouvoir, protéger et assurer la pleine et égale jouissance de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales par les personnes handicapées et de promouvoir le respect de leur dignité intrinsèque »[1052]. Selon l'art. 3 let. c CDPH, l'un de ses buts clés est l'intégration (*inclusion* dans la version anglaise) des personnes handicapées à la vie en société. La définition de ce terme fait l'objet de nombreux débats[1053]. Selon CHARLES GARDOU, l'inclusion nécessite un « changement d'orientation sociale qui ne peut s'opérer que par degrés »[1054]. PLAISANCE relève quant à lui que cette notion « ne relève pas des évidences communes et réclame l'inventivité

1048 Ibid, 4.

1049 HESS-KLEIN (2017), 18. Voir également la lettre k du préambule de la CDPH.

1050 Ibid.

1051 Voir notamment la lettre e) du préambule à la Convention, l'art. 1 para. 2 CDPH, l'art. 3 let. c et l'art. 19 CDPH.

1052 Art. 1 para. 1 CDPH.

1053 GARDOU (2012), 9.

1054 Ibid, 150.

permanente de chacun »[1055]. La mise en place d'une société véritablement inclusive prendra du temps. Il ne s'agit pas toutefois d'un choix de société parmi d'autres. Avec l'entrée en vigueur de la CDPH, les États parties ont l'obligation de « promouvoir, protéger et assurer » l'égalité des personnes handicapées. L'utilisation de ces trois verbes à l'art. 1 para. 1 souligne que la Convention ne vise pas uniquement à promouvoir et protéger les droits des personnes handicapées, mais requiert également que ces droits puissent être exercés par ces personnes dans les ordres juridiques internes concernés[1056]. Dans ces conditions, la participation et l'inclusion des personnes handicapées à tous les aspects de la vie ne sont pas de simples principes visant à guider les États parties : au contraire, ils sont concrétisés par des droits qui doivent être mis en œuvre en droit interne[1057].

En lien avec l'éducation, l'art. 24 CDPH prévoit qu'« [e]n vue d'assurer l'exercice de ce droit sans discrimination et sur la base de l'égalité des chances, les États parties font en sorte que le système éducatif pourvoie à l'insertion scolaire à tous les niveaux [...] ». Selon la version anglaise du texte, « States Parties shall ensure an inclusive education system at all levels ». Malgré l'utilisation des termes insertion (art. 24 para. 1) et intégration (art. 24 para. 2 let. e) dans la version française du texte, c'est bien une éducation inclusive que garantit l'art. 24 CDPH. L'intégration des élèves en situation de handicap n'est pas suffisante selon cette disposition. Comme le relèvent les commentateurs de la CDPH, l'art. 24 ne fait d'ailleurs référence à aucun autre système éducatif que l'inclusion[1058]. L'art. 24 para. 2 let. e CDPH prône même la « pleine intégration » *(full inclusion),* qui est généralement comprise comme n'autorisant aucune autre possibilité que la scolarisation de tous les élèves dans des classes ordinaires[1059]. L'éducation inclusive représente ainsi l'unique possibilité de concevoir le droit à l'éducation selon une interprétation littérale du texte de la Convention. Une interprétation historique de cette disposition fait toutefois apparaître une réalité plus nuancée. La formulation de l'art. 24 a fait l'objet de longs et intenses débats durant les travaux préparatoires[1060]. Dans une version antérieure du texte, l'éducation spécialisée était mentionnée, à côté du système inclusif, afin que les parents puissent choisir entre ces deux systèmes[1061]. Le

1055 PLAISANCE (2013), 25.

1056 DELLA FINA (2018a), 92.

1057 DELLA FINA (2018b), 127.

1058 ANASTASIOU/GREGORY/KAUFFMAN (2018), 663.

1059 Ibid, 686. ; DE BECO (2019), 83.

1060 KAYESS (2019), 123.

1061 DE BECO (2019), 64 ; KAYESS (2019), 131.

texte finalement adopté est le résultat d'un compromis dans la mesure où il n'interdit pas formellement aux États de mettre en place des écoles spécialisées, mais ne les invite pas non plus à le faire[1062]. Certains États (par exemple les États-Unis et la Grande-Bretagne) considèrent dès lors que l'enseignement dans une école ou une classe spécialisée fait partie du système ordinaire et respecte ainsi l'art. 24 de la Convention[1063]. Le Comité ne prend pas clairement position à cet égard : il estime que les États doivent réorienter les ressources originairement allouées aux établissements spécialisés vers le système d'enseignement ordinaire[1064]. Comment mettre en œuvre cette disposition en pratique ? Les classes ou les écoles spécialisées sont-elles autorisées ? L'intégration d'élèves en situation de handicap dans des classes ordinaires est-elle possible ?

À l'instar de plusieurs auteurs[1065], nous sommes d'avis que l'art. 24 CDPH vise la mise en place d'un système éducatif inclusif, mais n'empêche pas un enseignement spécialisé en dehors d'une classe ordinaire lorsqu'il est justifié par des raisons éducatives pertinentes. Une telle différence de traitement doit toutefois tendre à la réalisation du bien de l'enfant et constituer la solution éducative qui réponde le mieux aux besoins de la personne concernée[1066]. À notre sens, une telle interprétation de l'art. 24 est conforme à l'objet de la Convention, qui est d'assurer la pleine et égale jouissance des droits humains par les personnes handicapées et de promouvoir le respect de leur dignité intrinsèque (art. 1 para. 1 CDPH). En effet, si la seule manière d'offrir à une personne handicapée une éducation égalitaire est de lui proposer des cours spécialisés et individualisés à côté des cours dispensés dans une classe ordinaire, le droit à l'éducation de cette personne sera respecté si ces cours ont lieu dans une classe ou un établissement spécialisé. En parallèle, les personnes qui se trouvent dans cette situation doivent pouvoir continuer à suivre, au moins à temps partiel, l'enseignement donné dans une classe ordinaire[1067]. Cette interprétation de la notion d'éducation inclusive permet à notre avis de prendre en compte la diversité de chacun et chacune au sein de l'école ordinaire, tout en offrant aux personnes qui en ont besoin un appui individualisé, interne ou externe à l'institution. La question de savoir qui décide, et sur quels critères, de la nécessité de placer un enfant à temps partiel dans une

1062 DE BECO (2019), 66.

1063 ANASTASIOU/GREGORY/KAUFFMAN (2018), 675.

1064 COMITÉ DES DROITS DES PERSONNES HANDICAPÉES (2016), Observation générale no 4 (2016) sur le droit à l'éducation inclusive, CRPD/C/GC/4, § 68.

1065 MIZRAHI (2017), 216 ; ANASTASIOU/GREGORY/KAUFFMAN (2018), 689 ; DE BECO (2019), 66.

1066 MIZRAHI (2017), 216 ; ANASTASIOU/GREGORY/KAUFFMAN (2018), 689.

1067 Voir en ce sens MIZRAHI (2017), 216.

classe spécialisée devra être résolue au cas par cas, grâce à la collaboration entre enseignants et enseignantes, parents et professionnels spécialisés, en mettant toujours le bien de l'enfant au premier plan[1068]. À notre sens, il n'est en revanche pas conforme à l'art. 24 de la Convention de simplement intégrer des enfants en situation de handicap dans des classes ordinaires, sans apporter de modifications au système scolaire dans son ensemble. Il faut en effet éviter que les enfants en situation de handicap se retrouvent marginalisés au sein du système ordinaire et dépourvus des appuis nécessaires[1069].

S'agissant de la manière dont le système d'éducation inclusif décrit ci-dessus doit être mis en œuvre par les autorités internes des États membres, il convient de se référer à l'art. 4 para. 1 let. a de la Convention. Cet article, qui s'applique à toutes les dispositions contenues dans la Convention, oblige les États parties à « adopter toutes mesures appropriées d'ordre législatif, administratif ou autre pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente Convention ». L'art. 4 para. 1 let. b précise que les États parties s'engagent à « prendre toutes mesures appropriées, y compris des mesures législatives, pour modifier, abroger ou abolir les lois, règlements, coutumes et pratiques qui sont source de discrimination envers les personnes handicapées ». Il ressort du texte de ces dispositions que les mesures législatives revêtent une importance particulière pour la mise en œuvre de la Convention. Elles sont expressément mentionnées à deux reprises aux let. a et b de l'art. 4 para. 1 CDPH, à côté des mesures d'ordre « administratif ou autre ». Cette interprétation est confirmée par la doctrine et plusieurs documents onusiens. ANDREA BRODERICK estime même que l'adoption de mesures législatives est « indispensable »[1070] pour mettre en œuvre la Convention, à côté d'une panoplie d'autres mesures. Dans son rapport sur le droit des personnes handicapées à l'éducation, le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme considère quant à lui que « le cadre juridique relatif à l'éducation devrait imposer autant que possible toute mesure visant à éviter l'exclusion »[1071]. Dans son Observation générale n° 4 sur le droit à l'éducation inclusive, le Comité des droits des personnes handicapées estime de manière encore plus claire que l'éducation inclusive « suppose la transformation en profondeur des lois et des politiques qui régissent les systèmes éducatifs ainsi que des mécanismes de financement, d'administration, de conception, de mise en œuvre et de suivi

1068 PLAISANCE et al. (2007), 163.

1069 PLAISANCE (2013), 22.

1070 BRODERICK (2018), 119.

1071 CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME (2013), Étude thématique sur le droit des personnes handicapées à l'éducation, A/HRC/25/29, § 27.

de l'éducation »[1072]. Dans plusieurs recommandations récentes, le Comité a par ailleurs invité les États parties à harmoniser leur législation nationale en matière d'éducation avec la Convention, de manière à assurer une éducation inclusive à tous les enfants[1073]. Enfin, le Haut-Commissariat aux droits de l'homme et l'Union interparlementaire ont publié un guide à l'attention des parlementaires qui souligne le rôle crucial des parlements pour assurer l'adoption des mesures législatives requises par la Convention[1074]. Ce guide recommande notamment l'adoption d'une législation détaillée dans les divers domaines couverts par la Convention[1075]. Partant, l'art. 24 CDPH combiné à l'art. 4 CDPH oblige les États parties à prendre en particulier des mesures législatives pour mettre en place un système d'éducation inclusif à tous les niveaux.

Par ailleurs, l'art. 33 CDPH prévoit l'obligation, à la charge des États parties, de créer des points de contact (ou points focaux selon la version anglaise), un dispositif de coordination et des mécanismes de surveillance indépendants pour assurer la bonne application interne de la Convention. Cette disposition sur l'application et le suivi de la Convention au niveau national est une nouveauté dans le domaine du droit international des droits humains[1076]. Il s'agit en effet du premier traité qui met l'accent sur les processus internes de mise en œuvre, les mécanismes internationaux passant au second plan[1077]. Cette disposition concrétise ainsi le constat selon lequel des mécanismes internes de mise en œuvre sont nécessaires pour permettre aux obligations internationales de déployer leurs effets.

#### 7.1.1.4. L'article 2 du Protocole n°1 à la Convention européenne des droits de l'homme

L'art. 2 du Protocole n°1 à la Convention européenne des droits de l'homme garantit le droit de chacun d'aller à l'école. La Suisse a signé ce Protocole le

---

1072 COMITÉ DES DROITS DES PERSONNES HANDICAPÉES (2016), Observation générale n° 4 (2016) sur le droit à l'éducation inclusive, CRPD/C/GC/4, § 9.

1073 Voir par exemple : COMITÉ DES DROITS DES PERSONNES HANDICAPÉES (2019), Observations finales concernant les deuxième et troisième rapports périodiques de l'Espagne, CRPD/C/ESP/CO/2-3, § 46 ; COMITÉ DES DROITS DES PERSONNES HANDICAPÉES (2019), Observations finales concernant le rapport initial de la Norvège, CRPD/C/NOR/CO/1, § 38 ; COMITÉ DES DROITS DES PERSONNES HANDICAPÉES (2017), Observations finales concernant le rapport initial du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, CRPD/C/GBR/CO/1, § 53.

1074 UNITED NATIONS, Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

1075 Ibid.

1076 LORION (2019), 235.

1077 Ibid, 246.

19 mai 1976, mais ne l'a jamais ratifié[1078]. Il n'est donc pas contraignant pour elle. Conformément à l'art. 18 CVT, la Suisse doit néanmoins s'abstenir d'actes qui priveraient le protocole de son objet et de son but. En outre, cet article peut constituer une source d'inspiration pour la Cour, au même titre que d'autres instruments internationaux. Par exemple, dans une affaire concernant la Suisse – qui avait trait à l'obligation de suivre des cours de natation mixte contrairement aux convictions religieuses des élèves concernées – la Cour a jugé qu'il était utile de « rappeler les principes pertinents applicables sous l'angle de l'art. 2 du Protocole no 1, étant donné que la Convention doit être lue comme un tout »[1079]. La jurisprudence de la Cour relative à l'art. 2 Protocole 1 ne peut donc être ignorée par la Suisse.

Dans sa jurisprudence relative à l'éducation des personnes en situation de handicap, la Cour reconnaît que des aménagements raisonnables « permettent de corriger des inégalités factuelles qui, ne pouvant être justifiées, constituent une discrimination »[1080]. Elle estime toutefois que l'art. 2 du Protocole no 1 combiné avec l'art. 14 CEDH[1081] ne lui permet pas de « définir les moyens à mettre en œuvre pour répondre aux besoins éducatifs des enfants en situation de handicap »[1082]. Bien qu'elle reconnaisse l'éducation inclusive « comme le moyen le plus approprié pour garantir » les « principes fondamentaux d'universalité et de non-discrimination dans l'exercice du droit à l'instruction »[1083], la Cour ne va pas jusqu'à considérer que les dispositions mentionnées contiennent une obligation positive de réaliser ce droit. Elle reconnaît toutefois que les États doivent être « particulièrement attentifs à leurs choix dans ce domaine compte tenu de l'impact de ces derniers sur les enfants en situation de handicap, dont la particulière vulnérabilité ne peut être ignorée »[1084].

1078 La Suisse n'a pas ratifié le Protocole nº 1 en raison de son art. 3, qui prévoit le droit à des élections libres. Or, la Landsgemeinde en vigueur dans plusieurs communes suisses ne permettrait pas d'assurer le secret du scrutin (BONDOLFI, La Suisse et la Cour européenne des droits de l'homme – une relation tumultueuse).

1079 COUREDH (2017), Osmanoğlu et Kocabaş c. Suisse du 10 janvier 2017, § 90.

1080 COUREDH (2016), Çam c. Turquie du 23 février 2016, § 65.

1081 Dans sa jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît que le champ d'application de cette disposition englobe l'interdiction de discrimination fondée sur un handicap, qui est comprise dans le renvoi à « toute autre situation » (COUREDH (2009), Glor c. Suisse du 30 avril 2009, § 80 ; COUREDH (2013), I.B. c. Grèce du 3 octobre 2013, § 73 ; COUREDH (2018), Belli et Arquier-Martinez c. Suisse du 11 décembre 2018, § 96s.).

1082 COUREDH (2016), Çam c. Turquie du 23 février 2016, § 66.

1083 Ibid, § 64. ; COUREDH (2018), Enver Şahin c. Turquie du 30 janvier 2018, § 62.

1084 COUREDH (2016), Çam c. Turquie du 23 février 2016, § 67 ; COUREDH (2018), Enver Şahin c. Turquie du 30 janvier 2018, § 68.

### 7.1.1.5. La Charte sociale européenne

La Charte sociale européenne (CSE) contient également des dispositions pertinentes en lien avec le droit à l'éducation inclusive. Bien que la Suisse ait signé cette Convention le 6 mai 1976, elle ne l'a pas ratifiée. Elle n'a par ailleurs ni signé ni ratifié la Charte sociale européenne révisée, adoptée en 1996. Les dispositions figurant dans la Charte ne sont toutefois pas dénuées d'intérêt pour la Suisse. Bien que le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme ne soit pas « de contrôler le respect par les gouvernements d'autres conventions que la Convention européenne des droits de l'homme et ses Protocoles »[1085], la Charte sociale européenne peut, comme d'autres instruments internationaux, « être une source d'inspiration pour la Cour »[1086]. Les dispositions qu'elle contient ont de ce fait une certaine importance pour la Suisse, qui est liée par les décisions de la Cour.

L'art. 15 de la Charte garantit le droit des personnes handicapées à l'autonomie, à l'intégration sociale et à la participation à la vie de la communauté. L'art. 17 para. 2 assure quant à lui aux enfants et aux adolescents un enseignement primaire et secondaire gratuit, ainsi qu'à favoriser la régularité de la fréquentation scolaire. En se fondant sur ces deux dispositions, le Comité européen des droits sociaux a récemment condamné la Belgique au motif que le droit à l'éducation inclusive des enfants ayant une déficience intellectuelle n'était pas effectivement garanti dans la Communauté française de Belgique[1087]. Dans sa décision, le Comité a notamment rappelé que « l'éducation inclusive exige[ait] de fournir aux enfants handicapés l'accompagnement et les aménagements raisonnables auxquels ils ont droit pour pouvoir accéder effectivement aux établissements »[1088]. Il a ensuite précisé que « l'existence d'une législation est un outil important pour favoriser l'intégration des enfants handicapés dans les réseaux éducatifs généraux ou ordinaires »[1089].

Les dispositions évoquées ci-dessus et leur interprétation par le Comité consacrent une obligation de mettre en place un système d'éducation inclusif. Bien qu'elles ne soient pas contraignantes pour la Suisse, elles contribuent à l'interprétation de la notion en général et ne sont, de ce fait, pas dénuées d'intérêt dans notre pays.

1085 COUREDH (2002), Zehnalova et Zehnal c. République Tchèque du 24 mai 2002, point 2 de la partie en droit.

1086 Ibid.

1087 COMITÉ EUROPÉEN DES DROITS SOCIAUX (2021), Fédération internationale des Ligues des droits de l'homme (FIDH) et Inclusion Europe c. Belgique, § 210.

1088 Ibid, § 170.

1089 Ibid, § 173.

### 7.1.2. Les débiteurs internes de l'obligation

Il ressort de l'analyse des dispositions internationales qui précèdent que l'adoption de mesures législatives est considérée comme particulièrement importante pour la mise en place d'un système d'éducation inclusif. Lorsque le droit international ne consacre pas expressément une obligation de légiférer, les exigences relevant du domaine constitutionnel interne des États peuvent « démontrer que l'action législative n'est pas seulement adéquate mais indispensable et inévitable dans un domaine spécifique »[1090]. En l'espèce, le système constitutionnel suisse impose à l'autorité législative cantonale d'agir dans ce domaine.

Conformément à l'art. 62 al. 3 Cst., adopté dans le cadre de la réforme de la péréquation financière et en vigueur depuis le 1er janvier 2008, les cantons sont désormais compétents pour offrir une formation spéciale suffisante aux personnes en situation de handicap. Auparavant, c'était l'assurance-invalidité – et donc la Confédération – qui était chargée de mettre en place des formations spéciales pour ces personnes. Les anciens art. 19 et 73 de la loi sur l'assurance-invalidité[1091] prévoyaient l'allocation de prestations individuelles et collectives pour les enfants et adolescents handicapés, privant ainsi les cantons de leur autonomie pour une partie de l'instruction publique. Avec la réforme de la péréquation financière, les cantons disposent désormais d'une autonomie intégrale dans le domaine scolaire, ce qui leur permet – en théorie – de mettre en œuvre une politique d'inclusion scolaire[1092]. *A contrario*, sous l'ancien système, l'assurance-invalidité n'avait pas la possibilité de participer aux frais supplémentaires générés par l'inclusion des enfants handicapés[1093].

Ce transfert de compétences implique la création, la modification et/ou l'adaptation des bases juridiques cantonales relatives à la formation spéciale des enfants et adolescents handicapés[1094]. Comme il s'agit de l'octroi d'une prestation publique, il est en effet nécessaire que l'autorité législative en définisse les lignes fondamentales[1095]. En outre, l'art. 197 ch. 2 Cst. oblige les cantons à adopter une « stratégie » en faveur de la formation scolaire spéciale. La Constitution ne précise pas ce qu'il faut entendre par « stratégie », mais selon

1090 SCHMID (2017), 937.

1091 Loi fédérale sur l'assurance invalidité du 19 juin 1959 (LAI, RS 831.20).

1092 CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 14 novembre 2001 concernant la Réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT), 2278.

1093 Ibid, 2277.

1094 Ibid, 2329.

1095 MALINVERNI et al. (2021), 629.

la Conférence des directeurs cantonaux de l'instruction publique (CDIP) ce terme représente « le fondement de l'aménagement du droit cantonal (création de nouveaux actes normatifs ou révision des lois, ordonnances ou règlements actuels). Elle peut prendre la forme d'un document conceptuel à part entière ou être élaborée par exemple dans le cadre de travaux préparatoires à la révision des bases légales cantonales »[1096]. Il ne fait ainsi pas de doute que la « cantonalisation »[1097] de l'enseignement spécialisé prévue par l'art. 62 al. 3 Cst. implique une action de la part des autorités législatives cantonales afin de fixer les règles fondamentales dans ce domaine. Naturellement, il est également nécessaire que les parlements cantonaux libèrent un budget permettant la mise en place d'un système inclusif[1098].

Comme nous le verrons, la situation qui prévaut actuellement dans plusieurs cantons ne permet toutefois pas de garantir le droit à une éducation inclusive. Des mécanismes de mise en œuvre sont donc nécessaires pour encourager les autorités législatives cantonales à modifier leurs lois dans ce domaine.

## 7.2. Les mécanismes internes de mise en œuvre

Comme nous venons de le voir, en Suisse, la mise en place d'un système d'éducation inclusif doit passer par l'adoption de lois cantonales et l'octroi de budgets suffisants par les parlements cantonaux. Nous nous intéressons ci-dessous aux divers mécanismes qui ont été mis en place – ou qui pourraient l'être – pour encourager les parlements à prendre les mesures nécessaires à « la transformation en profondeur [de leurs] lois »[1099] dans ce domaine.

### 7.2.1. Un accord intercantonal

Comme nous l'avons vu, avec la réforme de la péréquation financière acceptée par le peuple en 2004, les cantons se sont vu octroyer une nouvelle compétence en matière de pédagogie spécialisée (art. 62 al. 3 Cst.). À la suite de cette réforme, la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique (CDIP) a souhaité fixer un cadre commun pour les mesures les plus

1096 CONFÉRENCE SUISSE DES DIRECTEURS CANTONAUX DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE (2013), 5.

1097 Ce terme est emprunté à la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique (ibid, 4. ).

1098 COMITÉ DES DROITS DES PERSONNES HANDICAPÉES (2016), Observation générale nº 4 (2016) sur le droit à l'éducation inclusive, CRPD/C/GC/4, § 73.

1099 Ibid, § 9.

importantes de pédagogie spécialisée ainsi qu'une terminologie uniforme[1100]. Elle a donc adopté un concordat dans ce domaine. Il s'agit de l'accord intercantonal sur la collaboration dans le domaine de la pédagogie spécialisée (AICPS)[1101].

Antérieur à la ratification de la CDPH par la Suisse, cet accord ne tient toutefois pas compte de l'obligation internationale d'éducation inclusive exposée ci-dessus. Ainsi en particulier, il donne la préférence à l'« intégration » (point 7.2.1.1). Nous verrons ensuite que les cantons qui ont adhéré au concordat suivent scrupuleusement les dispositions qu'il contient (point 7.2.1.2). Dans ces conditions, nous conclurons cette section en examinant la possibilité de réviser cet accord pour qu'il favorise les solutions inclusives à l'avenir, conformément au droit international (point 7.2.1.3).

#### 7.2.1.1. La préférence donnée à l'« intégration »

L'AICPS est une convention intercantonale au sens de l'art. 48 Cst. qui a été adoptée par la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique (CDIP), soit l'instance politique qui coordonne le travail des cantons dans le domaine de l'éducation. Selon la CDIP, « [l]'intégration entre en ligne de compte si elle peut s'avérer favorable au bien-être et au développement du potentiel de l'enfant ou du jeune » ; ainsi, « [o]n continuera donc à avoir besoin d'écoles spécialisées, puisque l'intégration dans une classe ordinaire n'est pas une solution envisageable pour tous »[1102]. Dans le même sens, l'AICPS prévoit à son art. 2 let. b que « les solutions intégratives sont préférées aux solutions séparatives, ceci dans le respect du bien-être et des possibilités de développement de l'enfant ou du jeune concerné et en tenant compte de l'environnement et de l'organisation scolaires »[1103].

La CDIP et l'AICPS donnent donc la préférence à l'« intégration », mais ne se réfèrent pas au principe d'inclusion consacré par le droit international[1104]. Or, rappelons-le, l'inclusion et l'intégration ont des implications très différentes pour les personnes concernées. L'intégration suppose uniquement la scolarisation des élèves en situation de handicap dans une école ordinaire,

1100 CONFÉRENCE SUISSE DES DIRECTEURS CANTONAUX DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE (2007), Commentaire des dispositions de l'accord intercantonal sur la collaboration dans le domaine de la pédagogie spécialisée 3.

1101 Accord intercantonal sur la collaboration dans le domaine de la pédagogie spécialisée du 25 octobre 2007 (AICPS).

1102 CONFÉRENCE SUISSE DES DIRECTEURS CANTONAUX DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE (2013), 5.

1103 Nous soulignons.

1104 En ce sens, voir MIZRAHI (2017), 214.

pour autant qu'ils parviennent à s'adapter aux normes préétablies. L'inclusion oblige au contraire les écoles à modifier leurs pratiques afin de s'adapter aux besoins de ces élèves.

En outre, le concordat impose simplement qu'une préférence soit donnée aux « solutions intégratives ». Selon le droit international, il n'est pas suffisant de « préférer » un modèle inclusif[1105] : les États doivent assurer l'inclusivité du système éducatif, point. La scolarisation de tous les enfants doit avoir lieu dans des classes ordinaires et les classes spécialisées doivent être réservées uniquement aux cas justifiés par des raisons éducatives pertinentes, parallèlement à la scolarisation ordinaire. CYRIL MIZRAHI relève l'existence d'un « décalage majeur » entre « le droit international, qui consacre le droit à une éducation inclusive » et « le droit fédéral et intercantonal, qui prévoient la primauté de l'école intégrative »[1106]. D'autres auteurs relèvent que même si l'inclusion n'a pas été retenue, « il s'agit néanmoins d'un pas conséquent dans un pays où les élèves en situation de handicap sont majoritairement scolarisés dans des classes ou des écoles spécialisées »[1107]. À notre avis, la préférence donnée à l'intégration n'est pas suffisante. Même si elle est préférable aux solutions séparatives, elle comporte le risque que les autorités chargées de la mise en œuvre de cette obligation se limitent à l'adoption de mesures intégratives, sans chercher à mettre en place une éducation inclusive.

#### 7.2.1.2. Un guide pour les parlements cantonaux

L'AICPS exerce une influence importante sur les cantons qui y ont adhéré. Comme le montrent les divers exemples exposés ci-dessous, les acteurs cantonaux reprennent presque « les yeux fermés » les dispositions du concordat en partant du principe qu'il se fonde sur le droit supérieur.

Dans le canton de Fribourg, l'autorité législative s'est ainsi fondée sur l'accord intercantonal pour adopter une loi sur la pédagogie spécialisée, selon laquelle « les solutions de scolarisation intégrative ainsi que la proximité des prestations avec le lieu de scolarisation sont privilégiées »[1108]. Malgré la mention de l'art. 24 CDPH et des art. 2 et 23 CDE dans le message du Conseil d'État[1109],

1105 Voir en ce sens : INCLUSION HANDICAP (2019), Première procédure de Rapport étatique de la Suisse devant le Comité des droits des personnes handicapées de l'ONU – Document remis en vue de la « Liste des points à traiter », 17.

1106 MIZRAHI (2017), 232.

1107 RAMEL et al. (2016), 48.

1108 Loi fribourgeoise sur la pédagogie spécialisée du 11 octobre 2017 (LPS ; RSF 411.5.1), art. 3 let. b.

1109 CONSEIL D'ÉTAT DU CANTON DE FRIBOURG (2015), Message 2015-DICS-37 du Conseil d'État au Grand Conseil accompagnant le projet de loi sur la pédagogie spécialisée 2.

la loi ne transcrit pas l'obligation découlant de ces articles, mais prévoit simplement que « les solutions de scolarisation intégrative […] sont privilégiées »[1110]. Le message du Conseil d'État fribourgeois fait d'ailleurs état de plusieurs études démontrant les bienfaits de l'« intégration »[1111], mais ne mentionne à aucun moment qu'indépendamment de ses bienfaits, il s'agit d'une obligation internationale.

La loi vaudoise sur la pédagogie spécialisée du 1er septembre 2015 prévoit que « [l]es solutions intégratives d'accueil préscolaire et de scolarisation sont privilégiées […] »[1112]. L'exposé des motifs relatif à cette loi faisait référence à l'obligation internationale d'inclusion découlant de la CDPH et de la CDE[1113]. Le Conseil d'État a toutefois fondé son projet de loi uniquement sur l'accord intercantonal. Lors des débats parlementaires, les textes internationaux sont absents, contrairement à l'accord intercantonal, qui est mentionné à de multiples reprises[1114]. Un député résume d'ailleurs la situation en ces termes : « notre marge de manœuvre n'est pas grande puisque ce projet de loi ne fait que concrétiser l'accord intercantonal sur la pédagogie spécialisée que le Conseil d'État a signé avec notre approbation »[1115].

Le concept de pédagogie spécialisée de la République et Canton de Neuchâtel adopté en mars 2018 prévoit que « [l]es formes intégratives sont systématiquement favorisées »[1116]. Dans son rapport au Grand Conseil sur la pédagogie spécialisée, le Conseil d'État mentionne en bloc les « conventions internationales ratifiées dans ce domaine », mais ne détaille pas ces conventions, affirmant simplement qu'aussi bien le droit fédéral que le droit intercantonal se fondent sur celles-ci[1117]. En acceptant le rapport du Conseil d'État[1118], l'autorité législative neuchâteloise a repris l'exigence posée par le concordat de donner la préférence à l'intégration, sans vérifier la compatibilité de cette mesure avec le droit supérieur, en particulier le droit international.

1110 Art. 3 al. 1 let. b LPS.

1111 CONSEIL D'ÉTAT DU CANTON DE FRIBOURG (2015), Message 2015-DICS-37 du Conseil d'État au Grand Conseil accompagnant le projet de loi sur la pédagogie spécialisée 3.

1112 Loi vaudoise sur la pédagogie spécialisée du 1er septembre 2015 (RSV 417.31), art. 3 al. 2.

1113 BO/VD, bulletin du Grand Conseil 2012-2017 Tome 13/Conseil d'État, 166.

1114 BO/VD, séance du 27 janvier 2015, 281s. ; BO/VD, séance du 25 août 2015, 24s. ; BO/VD, séance du 1er septembre 2015, 49s.

1115 BO/VD, séance du 27 janvier 2015, 284.

1116 CONSEIL D'ÉTAT DU CANTON DE NEUCHÂTEL (2018), Rapport d'information du Conseil d'État au Grand Conseil concernant la stratégie cantonale en matière de pédagogie spécialisée du 5 mars 2018, 8.

1117 Ibid, 32.

1118 BO/NE, séance du 26 juin 2018 19h40, 21.

Dans le canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures, la situation est intéressante. Dans son « Konzept Sonderpädagogik », qui se réfère aussi bien à l'accord intercantonal qu'à divers textes de droit international (CEDH, CDPH, *soft law*), le département compétent utilise en fait une formulation qui se rapproche de l'obligation imposée par le droit international. Malgré l'utilisation du terme « intégration » (et non inclusion), il ressort clairement du texte appenzellois que toute solution éducative spécialisée doit correspondre au développement de l'enfant et doit être mise en place uniquement à titre temporaire et subsidiaire[1119]. Cette façon de voir se rapproche en réalité plus d'une stratégie inclusive que d'un système d'intégration. Il apparaît ainsi que, malgré l'existence d'un accord intercantonal qui ne reflète pas le droit international, ce canton a interprété la notion d'éducation inclusive conformément aux dispositions internationales.

Enfin, alors même qu'il n'a pas adhéré à l'accord, le canton de Soleure s'est néanmoins basé sur celui-ci dans son « Konzept Sonderpädagogik 2020 » adopté en mai 2013, dans l'hypothèse où il souhaiterait y adhérer par la suite[1120]. Le canton ne fait en revanche aucune référence aux traités internationaux.

La liste mentionnée ci-dessus n'est pas exhaustive, mais elle permet de montrer l'existence d'une tendance, de la part de cantons de tailles différentes et issus des deux grandes régions linguistiques, à consulter le guide élaboré par la CDIP et à s'inspirer de celui-ci lors de leurs travaux législatifs.

#### 7.2.1.3. L'AICPS comme mécanisme de mise en œuvre du droit international ?

Les exemples évoqués ci-dessus montrent que la « préférence » donnée à l'« intégration » telle qu'elle est prévue par l'AICPS est souvent reprise par les cantons signataires de l'accord lorsqu'ils légifèrent dans le domaine de la pédagogie spécialisée, au détriment de l'obligation internationale d'éducation inclusive. Les députés cantonaux considèrent eux-mêmes que leur marge de manœuvre est réduite et ne se détachent que rarement du texte de l'accord intercantonal.

1119 DEPARTEMENT BILDUNG UND KULTUR DES KANTONS APPENZELL AUSSERRHODEN (2017), Konzept Sonderpädagogik, 10s. Le concept précise que « Es wird eine integrative, möglichst wohnortnahe, angemessene Schulung für Kinder und Jugendliche mit Behinderungen gefördert. Die Gemeinden verzichten in der Ausgestaltung der Förderangebote auf separative Massnahmen. Dieser Verzicht ist Ausdruck einer Grundhaltung, welche den internationalen und nationalen Entwicklungen entspricht, indem die Verschiedenheit der Lernenden als Normalität betrachtet und die Integrationsfähigkeit der Regelschule unterstützt wird. » (p. 9).

1120 DEPARTEMENT BILDUNG UND KULTUR DES KANTONS SOLOTHURN (2013), Konzept Sonderpädagogik 2020, 5.

Au vu du grand respect porté à l'AICPS par les parlementaires cantonaux, nous estimons que la reprise des dispositions de l'accord aurait aussi lieu si l'accord était conforme au droit international. Les députés partent d'ailleurs souvent du principe que tel est déjà le cas. Dans ces conditions, une modification de l'accord dans le sens du droit international permettrait à notre sens d'accroître la compatibilité des lois cantonales avec l'obligation d'éducation inclusive.

La révision d'une convention intercantonale doit suivre la même procédure que celle de son adoption, à savoir la conclusion d'une nouvelle convention entre les mêmes parties[1121]. Il est possible de déroger à ce principe par l'adoption d'une disposition prévoyant expressément la possibilité de modifier la convention sur la base d'une décision prise à la majorité des cantons ou sur décision d'un organe intercantonal[1122]. L'AICPS est toutefois dépourvu d'une telle disposition. Pour modifier cet accord, il faudrait que le Comité de la CDIP propose un projet de révision de l'AICPS, qui devrait ensuite être approuvé par l'Assemblée plénière avant d'être transmis aux cantons pour ratification.

À notre sens, cet accord révisé devrait se référer, à son art. 1, non seulement au droit interne, mais également au droit international et en particulier à la CDPH. Les notions d'« intégration » et de « solutions intégratives » figurant aux art. 1 let. b et 2 let. b AICPS devraient être remplacées par « inclusion » et « solutions inclusives ». Enfin, la « préférence » donnée aux « solutions intégratives » devrait être supprimée au profit d'une véritable obligation de mettre en place un système inclusif.

Bien sûr, ces modifications essentiellement terminologiques ne permettront pas à elles seules de provoquer le « changement structurel systématique et approfondi »[1123] nécessaire à la mise en place d'un système scolaire inclusif en Suisse. Il faudra ensuite que les cantons adoptent des bases légales et des stratégies pour réaliser ce remaniement du système au niveau local. À notre avis, la révision de l'AICPS constitue toutefois un préalable nécessaire à ces révisions législatives cantonales.

S'il est révisé un jour pour tenir compte des obligations internationales de la Suisse dans ce domaine, l'AICPS pourra être qualifié de *poya*. En fixant un cadre commun pour les cantons, un tel mécanisme irait en effet plus loin que la simple diffusion d'informations puisqu'il viserait à coordonner les législations cantonales.

---

1121 JEANNERAT (2018), 676.

1122 Ibid, 681.

1123 INCLUSION HANDICAP (2019), Première procédure de Rapport étatique de la Suisse devant le Comité des droits des personnes handicapées de l'ONU – Document remis en vue de la « Liste des points à traiter », 17.

En l'absence d'un tel mécanisme, d'autres outils ont été développés pour encourager les parlements cantonaux à légiférer en faveur de l'éducation inclusive. En premier lieu, ainsi que nous le verrons au point suivant, des mécanismes politiques ont été mobilisés dans certains cantons pour encourager l'action législative.

### 7.2.2. L'utilisation d'outils politiques cantonaux

Ainsi, des députés ou des acteurs de la société civile ont-ils utilisé parfois des outils politiques pour attirer l'attention de leur autorité législative sur son obligation de mettre en place un système d'éducation inclusif.

Dans le canton de Neuchâtel par exemple, l'association Forum Handicap a déposé la motion « Pour une véritable politique cantonale en matière d'égalité pour les personnes en situation de handicap et à mobilité réduite » devant le Grand Conseil le 3 décembre 2014, soit le jour même où la Suisse a ratifié la CDPH[1124]. Acceptée en 2015, cette motion a conduit le Conseil d'État à préparer un projet de loi cantonale sur l'inclusion et l'accompagnement des personnes vivant avec un handicap[1125]. Le rapport relatif à ce projet de loi indique clairement que le but du projet est de rendre le droit cantonal conforme aux exigences de la CDPH[1126]. Malheureusement, pour ce qui est de l'éducation inclusive, le rapport se réfère simplement à la stratégie du canton dans ce domaine[1127], elle-même basée sur l'AICPS[1128]. La loi sur l'inclusion et sur l'accompagnement des personnes vivant avec un handicap (LInca) a été adoptée à l'unanimité le 2 novembre 2021[1129]. Lors des débats parlementaires, les députés se sont référés à la CDPH et ont indiqué à plusieurs reprise leur volonté de « passer de l'intégration à l'inclusion »[1130]. Au sujet de l'éducation inclusive,

1124 CONSEIL D'ÉTAT DU CANTON DE NEUCHÂTEL (2018), Rapport d'information du Conseil d'État au Grand Conseil en réponse à la motion populaire 14.173 Pour une véritable politique cantonale en matière d'égalité pour les personnes en situation de handicap et à mobilité réduite du 28 mars 2018.

1125 CONSEIL D'ÉTAT DU CANTON DE NEUCHÂTEL (2021), Rapport du Conseil d'État au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi sur l'inclusion et sur l'accompagnement des personnes vivant avec un handicap (LIncA) du 22 février 2021.

1126 Ibid, 7.

1127 CONSEIL D'ÉTAT DU CANTON DE NEUCHÂTEL (2018), Rapport d'information du Conseil d'État au Grand Conseil concernant la stratégie cantonale en matière de pédagogie spécialisée du 5 mars 2018.

1128 Voir point 7.2.1 ci-dessus.

1129 BO/NE, 2 novembre 2021, 48.

1130 BO/NE, 2 novembre 2021, 37, 38, 40, 42. La députée socialiste ANNIE CLERC-BIRAMBEAU a par exemple indiqué qu'« [i]l était donc vraiment temps que ce projet de loi arrive.

l'art. 5 al. 3 let. a de la loi prévoit que « l'État prend toutes les mesures visant à garantir l'inclusion, notamment [...] en facilitant l'accès [...] à la scolarité et à la formation ». S'il faut saluer l'utilisation du terme d'inclusion, le fait de « faciliter » l'accès à la scolarité et à la formation n'est à notre avis pas suffisant pour mettre en œuvre l'obligation d'éducation inclusive. Toutefois, le canton a récemment entamé un travail de fond pour « tendre vers une école plus inclusive »[1131]. À notre avis, de telles initiatives sont essentielles pour mettre en œuvre l'obligation étudiée dans le présent chapitre ; la seule mention de la notion d'inclusion dans la loi n'est pas suffisante. Au contraire, comme le relève un député, « [r]éussir cette politique d'inclusion – qui est, selon nous, un tournant stratégique de notre école publique – va nécessiter une très large mobilisation d'idées, de temps et de moyens »[1132]. Il est toutefois encore trop tôt pour évaluer la politique du canton à ce sujet.

Dans le canton de Bâle-Ville, deux mécanismes politiques sont à l'origine d'une loi sur les droits des personnes handicapées, adoptée par le parlement en 2019[1133]. Une motion parlementaire a tout d'abord été déposée par plusieurs députés le 8 juin 2015 pour demander au gouvernement d'élaborer une loi-cadre garantissant l'égalité des personnes handicapées. En parallèle, une collecte de signatures relative à une initiative constitutionnelle cantonale « Pour une égalité cantonale des personnes handicapées » a été lancée[1134]. Le 18 octobre 2017, l'initiative populaire a été approuvée avec 3'417 signatures[1135]. Elle demandait l'introduction d'un nouvel article constitutionnel intitulé « Égalité pour les personnes handicapées ». La motion parlementaire et l'initiative constitutionnelle visaient toutes les deux la mise en œuvre de la CDPH. En effet, aussi bien les députés parlementaires que le comité d'initiative men-

Une loi sur l'inclusion tardive certes, mais indispensable pour accompagner les changements de mentalité, pour passer de l'intégration à l'inclusion, pour introduire la notion d'égalité dans tous les domaines de la vie, pour introduire les notions d'autonomie et d'autodétermination, comme le préconise la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH), ratifiée en 2014 ».

1131 COMMISSION DES PÉTITIONS ET DES GRÂCES DU GRAND CONSEIL DU CANTON DE NEUCHÂTEL (2021), Rapport en réponseà la pétition du Syndicat des services publics – Région Neuchâtel (SSP-RN) « Pour une inclusion scolaire réaliste, réfléchie et dotée de moyens » du 4 octrobre 2021. Il ressort des débats parlementaires relatifs à cette pétition que les travaux du cantons pour rendre l'école plus inclusive ont débutés le 1er octobre 2021 et qu'un comité de pilotage a été mis en place à cet effet (BO/NE, 2 novembre 2021, 61).

1132 BO/NE, 2 novembre 2021, 62. Il s'agit des propos du député vert NIEL SMITH.

1133 Gesetz über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 18.09.2019 (Behindertenrechtegesetz, BRG).

1134 KOMITEE BEHINDERTENGLEICHSTELLUNG BS, Kantonale Verfassungsinitiative.

1135 Ibid.

tionnent la nécessité de mettre en œuvre cette convention dans le canton de Bâle-Ville et d'aller au-delà de la protection contre la discrimination, en adoptant des mesures positives[1136]. Sur la base de ces deux initiatives, le gouvernement cantonal a préparé un projet législatif en collaboration avec l'Université de Bâle[1137]. La procédure a abouti à un projet de loi-cadre, comprenant des dispositions générales ainsi que diverses propositions de modifications du droit cantonal existant (promotion culturelle, éducation, aide sociale, etc.)[1138]. Le projet de loi est ensuite passé entre les mains de la Commission de la santé et des affaires sociales du parlement. À l'exception de la suppression d'une disposition sur la gratuité de la procédure et de quelques petits amendements, la commission a recommandé au parlement d'approuver la nouvelle législation[1139]. Devant le parlement, les débats ont été rapides, grâce aux nombreuses discussions qui avaient eu lieu en amont[1140]. La proposition de la commission de la santé et des affaires sociales a été adoptée à l'unanimité avec une abstention le 18 septembre 2019[1141].

En lien avec la question de l'éducation inclusive, le parlement a accepté l'introduction d'une nouvelle disposition dans la loi cantonale sur l'école[1142], obligeant les autorités compétentes à fournir des services appropriés aux enfants et aux jeunes souffrant de handicaps sensoriels[1143]. En revanche, il apparaît que la procédure de mise en œuvre de la CDPH dans le canton de Bâle-Ville n'a pas conduit le parlement à réglementer la question de la pédagogie spécialisée et de l'éducation inclusive. Dans ces conditions, les dispositions de l'AICPS, auquel le canton a adhéré en 2010, restent applicables dans ce domaine[1144].

---

1136 Motion Georg Mattmüller und Konsorten betreffend kantonales Behindertengleichstellungsrecht (15.5282.01).

1137 Voir à ce sujet le point 7.2.3 ci-dessous.

1138 REGIERUNGSRAT DES KANTONS BASEL-STADT (2019), Ratschlag und Bericht vom 16. Januar 2019 betreffend Kantonale Volksinitiative „Für eine kantonale Behindertengleichstellung" und Gegenvorschlag für ein Gesetz über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Behindertenrechtegesetz, BRG) sowie Bericht zur Motion Georg Mattmüller und Konsorten betreffend kantonales Behindertengleichstellungsrecht, 11.

1139 GESUNDHEITS- UND SOZIALKOMMISSION – GROSSER RAT DES KANTONS BASEL-STADT (2019), Bericht der Gesundheits- und Sozialkommission vom 23. Mai 2019 zum Ratschlag und Bericht betreffend Kantonale Volksinitiative „Für eine kantonale Behindertengleichstellung" und Gegenvorschlag für ein Gesetz über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Behindertenrechtegesetz, BRG) sowie Bericht zur Motion Georg Mattmüller und Konsorten betreffend kantonales Behindertengleichstellungsrecht, 11.

1140 Entretien du 6 octobre 2020 avec CÉLINE MARTIN, collaboratrice scientifique à l'Université de Bâle. L'entretien a été complété par un échange écrit date du 8 décembre 2020.

1141 BO/BS, 18 septembre 2019, 865.

1142 Schulgesetz vom 4. April 1929 (SG 410.100).

1143 BO/BS, 18 septembre 2019, 864.

1144 Voir point 7.2.1.1 ci-dessus.

Comme ils visent à informer les autorités législatives cantonales au sujet de leurs obligations internationales, les différents outils politiques décrits ci-dessus peuvent être qualifiés de mécanismes de type *tambourin*.

La section qui suit est consacrée à l'implication d'experts et d'expertes dans les processus législatifs cantonaux. Nous avons brièvement mentionné ci-dessus que l'Université de Bâle avait participé à l'élaboration du projet de loi sur les droits des personnes handicapées dans le canton de Bâle-Ville. À notre avis, un tel processus mérite d'être analysé séparément dans la mesure où il constitue un nouveau mécanisme de mise en œuvre.

### 7.2.3. L'implication d'experts et d'expertes dans le processus législatif

Des experts et expertes de l'Université de Bâle ont été impliqués dans la rédaction et la mise en œuvre de plusieurs législations cantonales relatives à l'égalité des personnes handicapées[1145]. Dans les cantons de Bâle-Ville et du Valais, les processus législatifs soutenus par l'Université de Bâle ont d'ores et déjà abouti à l'adoption d'une loi sur les droits des personnes handicapées[1146]. Quant aux cantons de Genève et Bâle-Campagne, ils bénéficient actuellement de l'expertise de l'Université de Bâle dans le cadre de leurs révisions législatives respectives[1147]. À titre d'exemple, l'implication des experts et expertes dans le processus législatif du canton de Bâle-Ville est détaillée ci-dessous.

Dans ce canton, à la suite des deux initiatives discutées au point précédent, une équipe de chercheurs et chercheuses de l'Université de Bâle a été associée aux travaux de rédaction de la loi sur les droits des personnes handicapées[1148]. L'équipe a commencé par analyser le recueil législatif cantonal et a participé à divers entretiens menés au sein de l'administration[1149]. Ces démarches ont permis d'identifier les lacunes de la législation existante et les actions nécessaires pour mettre en œuvre les obligations de la Convention[1150].

1145 SCHEFER, Activités législatives.

1146 Dans le canton de Bâle-Ville : Gesetz über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 18.09.2019 (Behindertenrechtegesetz, BRG). La loi a été adoptée à l'unanimité (91 oui, 0 non et 1 abstention) le 18 septembre 2019 (BO/BS, 18 septembre 2019, 865). Dans le canton du Valais : Loi sur les droits et l'inclusion des personnes en situation de handicap (LDIPH). La loi a été modifiée à l'unanimité (126 oui, 0 non et 0 abstention) le 6 mai 2021 (BO/VS, 6 mai 2021, 147).

1147 SCHEFER, Activités législatives.

1148 Entretien du 6 octobre 2020 avec CÉLINE MARTIN, collaboratrice scientifique à l'Université de Bâle. L'entretien a été complété par un échange écrit daté du 8 décembre 2020.

1149 Ibid.

1150 Ibid.

Ensuite, l'équipe de l'Université a rédigé un premier projet de loi-cadre[1151]. Selon CÉLINE MARTIN, chercheuse au sein de l'équipe, ces démarches ont été bénéfiques pour plusieurs raisons. Outre l'apport d'un complément objectif d'expertise, la perspective externe de l'Université a permis de soutenir le projet législatif contre le scepticisme ou la résistance de certains départements cantonaux[1152]. CÉLINE MARTIN estime en outre que l'implication d'experts et d'expertes externes a permis d'éviter une accumulation des rôles par le département compétent, qui a alors pu agir avec une certaine neutralité[1153]. L'adoption rapide d'une loi-cadre dans ce domaine laisse penser que le soutien académique décrit ci-dessus a fortement contribué au processus de mise en œuvre de la CDPH dans ce canton. En effet, dans un domaine transversal comme les droits des personnes handicapées, l'on ne peut pas s'attendre à ce que chaque employé de l'administration cantonale connaisse toutes les obligations internationales qui le concerne[1154].

Dans le cadre de leur collaboration avec les autorités cantonales chargées de rédiger le projet de loi, les expertes et experts ont notamment fourni des informations relatives aux obligations contenues par la CDPH. De cette manière, le travail effectué par l'équipe de l'Université de Bâle doit être qualifié de *tambourin*. Ce mécanisme ne se limite toutefois pas à la diffusion d'informations. Il permet également d'offrir des conseils précis et ciblés à l'attention des parlementaires d'un canton donné. Un tel mécanisme semble prometteur pour faciliter la mise en œuvre d'une obligation dans un canton précis. Il nécessite toutefois d'importantes ressources personnelles et budgétaires. En outre, il est difficilement généralisable aux autres cantons.

Ces limites seront vraisemblablement atténuées dans un avenir proche puisque l'équipe de l'Université de Bâle vient de publier, en parallèle à ses travaux au sein des administrations cantonales, un guide de mise en œuvre général de la CDPH au niveau cantonal[1155]. Ce mécanisme fait l'objet de la section suivante.

### 7.2.4. Le guide de mise en œuvre de la CDPH élaboré par l'Université de Bâle

Dans le but de fournir aux cantons des conseils utiles à la rédaction d'une législation de mise en œuvre de la CDPH, MARKUS SCHEFER, CÉLINE MARTIN

1151 Ibid.

1152 Ibid.

1153 Ibid.

1154 Ibid.

1155 SCHEFER/MARTIN/HESS-KLEIN (2022).

et CAROLINE HESS-KLEIN ont publié un Guide sur la mise en œuvre des droits des personnes handicapées en Suisse, disponible gratuitement en ligne[1156]. Le guide décrit les processus à suivre pour rédiger une loi cantonale dans ce domaine et définit quelles sont les exigences de la CDPH vis-à-vis des cantons[1157].

Pour la rédaction de ce guide, les universitaires se sont entretenus avec les représentants des personnes handicapées de seize cantons, des représentant de l'administration fédérale, la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS) et diverses organisations de protection des personnes handicapées[1158]. Il est apparu à cette occasion qu'il existait une grande disparité d'un canton à l'autre quant à la volonté d'adopter des dispositions pour mettre en œuvre la CDPH et quant à leurs besoins[1159]. Alors que certains cantons estimaient que de nouvelles mesures n'étaient pas nécessaires, d'autres en revanche se sont montrés beaucoup plus progressistes et étaient très intéressés par la mise à disposition d'un guide[1160]. De leur point de vue, un tel instrument pourrait exercer une pression salutaire sur l'autorité exécutive, parfois réticente à entamer un processus législatif dans ce domaine[1161]. Depuis la réalisation de ces entretiens, il y a toutefois eu une prise de conscience dans la plupart des cantons quant aux lacunes de mise en œuvre de la CDPH[1162]. En particulier, les observations finales du comité CDPH de mars 2022 devraient faire bouger les choses[1163].

Ainsi, ce guide vise notamment à créer une volonté d'agir au sein de la population et à soutenir les organisations et autres acteurs de la société civile dans leurs démarches pour mettre en œuvre la CDPH dans les cantons[1164]. Au demeurant, un travail de ce type est compatible avec la mission publique des universités suisses. Par exemple, selon l'art. 2 de la Convention entre les cantons de Bâle-Campagne et de Bâle-Ville sur le financement commun de l'Université de Bâle[1165], l'un des objectifs de l'Université est d'agir au service du public. En aidant les autorités législatives cantonales à mettre en œuvre

1156 Leitfaden für eine behindertenrechtliche Gesetzgebung in den Kantonen.

1157 SCHEFER/MARTIN/HESS-KLEIN (2022).

1158 Entretien du 6 octobre 2020 avec CÉLINE MARTIN, collaboratrice scientifique à l'Université de Bâle. L'entretien a été complété par un échange écrit daté du 8 décembre 2020.

1159 Ibid.

1160 Ibid.

1161 Ibid.

1162 Ibid.

1163 Ibid.

1164 Ibid.

1165 Vertrag zwischen den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt über die gemeinsame Trägerschaft der Universität Basel of 27 June 2006 (442.400).

leurs obligations internationales, l'université met son expertise et ses connaissances scientifiques au service de la communauté, conformément à sa mission.

Le mécanisme décrit ci-dessus peut être qualifié de *tambourin* puisqu'il vise à diffuser des informations aux cantons. Il est aussi possible d'envisager que ce guide entre dans la catégorie *poya* en fonction de son potentiel d'harmonisation et de la manière dont il sera utilisé par les autorités cantonales compétentes.

### 7.2.5. L'étude de la ZHAW sur les nécessités d'action engendrées par la CDPH

L'Université de Bâle n'est pas la seule institution à avoir interprété la CDPH et identifié les actions nécessaires au niveau cantonal. Dans le canton de Zurich, la Haute école zurichoise des sciences appliquées (ZHAW) a été mandatée par le département cantonal de la sécurité pour mener une étude sur les nécessités d'action engendrées par la CDPH. Sur la base d'une analyse empirique menée grâce à plusieurs entretiens avec des spécialistes au sein de l'administration, cette étude analyse la situation juridique dans le canton et la compare avec les obligations consacrées par la CDPH[1166]. De manière générale, en lien avec les art. 4 et 5 CDPH, l'étude considère qu'il est problématique que le canton de Zurich soit dépourvu d'un cadre juridique et organisationnel permettant de promouvoir l'égalité des personnes handicapées dans tous les domaines de la vie[1167].

En lien avec le droit à l'éducation, l'étude rappelle que l'art. 24 CDPH oblige les États parties à établir un système d'éducation qui réalise l'égalité complète des chances pour les personnes handicapées[1168]. Pour y parvenir, ils doivent adopter un ensemble de lois exhaustives et coordonnées en faveur de l'éducation inclusive et démanteler progressivement les structures spécialisées[1169]. Le droit international requiert ainsi des réformes systématiques, entraînant un profond remaniement du système éducatif[1170].

L'étude, tout en observant que dans le canton de Zurich, la loi sur l'éducation[1171] ne contient aucune disposition visant à promouvoir l'inclusion[1172], établit cependant une liste d'autres lois qui contiennent des mesures obligeant

1166 NAGUIB/JOHNER-KOBI/GISLER (2018).

1167 Ibid, 25.

1168 Ibid, 57.

1169 Ibid, 57s.

1170 Ibid, 58.

1171 Bildungsgesetz vom 1. Juli 2002 (BiG, RSZ 410.1).

1172 NAGUIB/JOHNER-KOBI/GISLER (2018), 58.

les autorités à tenir compte de la situation des personnes handicapées[1173]. Ainsi par exemple, la loi sur l'école primaire[1174] prévoit que les élèves sont, si possible, scolarisés dans une classe ordinaire[1175]. Mais la situation varie beaucoup selon les écoles et dépend du personnel et de la direction[1176]. Et dans le cas de l'enseignement secondaire et supérieur, les dispositions en faveur de l'inclusion sont tout simplement inexistantes. En conclusion, l'étude constate que la législation actuelle ne fournit pas de base suffisante pour assurer le développement de l'éducation inclusive à tous les niveaux, comme l'exige l'art. 24 CDPH[1177]. En conséquence, elle estime qu'il est nécessaire d'établir l'inclusion comme objectif, de garantir un droit à l'« intégration » à tous les niveaux et d'allouer des ressources supplémentaires dans ce domaine[1178]. Ces conclusions et recommandations n'ont toutefois pas (encore) été concrétisées dans la législation zurichoise.

Nous sommes là, une fois encore, dans la logique du *tambourin*, avec ce mécanisme qui interprète le droit international et donne des conseils aux autorités cantonales zurichoises.

### 7.2.6. L'élaboration d'un site internet informatif

Des acteurs de la société civile ont également développé plusieurs mécanismes informatifs dans le but de favoriser la mise en œuvre des obligations issues la CDPH dans les cantons. Par exemple, le domaine thématique « Questions institutionnelles » du Centre suisse pour les droits humains (CSDH), rattaché à l'Institut du fédéralisme de l'Université de Fribourg, a réalisé le site internet www.cdph-exemplespratiques.ch[1179]. Ce site présente divers exemples de mesures mises en place dans certains cantons suisses pour mettre en œuvre la CDPH. L'objectif du site est de diffuser des informations et de mettre en avant des exemples de bonnes pratiques cantonales[1180]. Il vise essentiellement à faire connaître la Convention auprès du grand public. Un tel projet, même s'il n'a pas été conçu à cette fin[1181], peut néanmoins être qualifié de mécanisme

1173 Ibid, 59.

1174 Volksschulgesetz vom 7. Februar 2005 (VSG, RSZ 412.100).

1175 Voir § 33 al. 1 VSG : « Die Schülerinnen und Schüler werden wenn möglich in der Regelklasse unterrichtet ».

1176 NAGUIB/JOHNER-KOBI/GISLER (2018), 61.

1177 Ibid, 66.

1178 Ibid.

1179 INSTITUT DU FÉDÉRALISME (2020), Exemples pratiques.

1180 Entretien du 6 octobre 2020 avec THEA BAECHLER, collaboratrice scientifique à l'Institut du fédéralisme de l'Université de Fribourg.

1181 Ibid.

de mise en œuvre puisqu'en faisant du bruit, il permet d'informer aussi bien le public que les autorités politiques quant aux obligations contenues dans la CDPH *(tambourin)*. En présentant des exemples de bonnes pratiques cantonales, il donne du crédit à celles-ci *(naming et prasing)* et obéit à ce titre à la logique de la *carotte*. Si le site ne traite pas spécifiquement de la question de l'éducation inclusive, il attire néanmoins l'attention sur la Convention dans son ensemble. En ce sens, nous estimons qu'il encourage la mise en œuvre de toutes les obligations qu'elle contient.

### 7.2.7. Le plan d'action CDPH des associations INSOS, CURAVIVA et VAHS

Trois associations offrant des services aux personnes en situation de handicap (INSOS, CURAVIVA et VAHS) ont uni leurs efforts pour élaborer un plan d'action visant à donner effet à la CDPH dans le contexte institutionnel[1182]. Bien que ce document ne s'adresse pas aux autorités législatives des cantons et ne leur serve pas de guide, il contribue à faire connaître la CDPH au sein des milieux concernés. En effet, le fait qu'un traité soit connu et discuté dans l'espace public augmente les chances que des députés s'en saisissent au sein du parlement, par exemple par le dépôt d'une motion. En ce sens, nous sommes d'avis qu'il s'agit également d'un mécanisme de type *tambourin*.

## 7.3. Conclusion

Le chemin vers une école véritablement inclusive en Suisse sera long. Pour y parvenir, il importe d'indiquer clairement cet objectif dans les législations cantonales, conformément à l'art. 24 CDPH et aux autres dispositions internationales qui garantissent ce droit.

Actuellement, la pédagogie spécialisée est réglementée par un accord intercantonal datant de 2007, auquel seize cantons ont adhéré. Mais nous l'avons vu, cet accord ne tient pas compte de l'obligation internationale de mettre en place un système d'éducation inclusive. Dans ces conditions, on ne peut pas le considérer comme un mécanisme de mise en œuvre de cette obligation. Il comporte toutefois un potentiel important, dans la mesure où les cantons qui y ont adhéré suivent généralement le texte de l'accord. Ainsi, nous sommes d'avis que ce guide devrait être modifié pour répondre aux normes de la CDPH. Il s'agirait alors d'un mécanisme intéressant, de type *poya*.

1182 INSOS/CURAVIVA/VAHS (2019), Plan d'action CDPH 2019-2023, 4.

Les autres mécanismes de mise en œuvre que nous avons identifiés dans ce chapitre ne visent pas spécifiquement l'éducation inclusive, mais concernent la CDPH dans son ensemble. Ils permettent de favoriser la mise en œuvre de l'obligation étudiée, à condition que les départements cantonaux concernés (formation) soient dûment informés des conséquences de la CDPH dans le domaine de l'éducation. L'adoption d'une loi transversale sur l'inclusion est un bon départ pour mettre en œuvre les obligations de la Convention. Mais il reste nécessaire que les lois spéciales pertinentes (en l'espèce la loi sur l'école et d'autres lois connexes) soient aussi modifiées.

En l'occurrence, nous avons identifié plusieurs mécanismes issus des universités ou des hautes écoles. Il s'agit essentiellement de rapports qui interprètent les dispositions de la Convention et émettent des recommandations précises à l'intention des autorités législatives cantonales sur la manière dont elles devraient les mettre en œuvre. De tels mécanismes sont précieux dans un domaine transversal comme les droits des personnes handicapées. Ils permettent en effet de traduire les dispositions de la Convention en des obligations concrètes et d'indiquer quelles lois devraient être modifiées. Nous avons vu que les institutions académiques vont parfois même jusqu'à rédiger des projets de loi et participent activement au processus cantonal de révision législative. Des mécanismes de ce type, qui répondent à la logique du *tambourin*, sont très utiles puisqu'ils permettent de rendre des obligations internationales intelligibles pour les acteurs de la mise en œuvre. Compte tenu de la proximité entre le droit et la politique, les expertises juridiques sont d'ailleurs souvent utilisées pour justifier des décisions politiques[1183]. Dans ces conditions, il est nécessaire que ces expertises soient rédigées de manière indépendante afin de garantir l'autonomie de la science[1184]. Ces mécanismes soulignent l'importance du rôle joué par les administrations cantonales dans les processus de mise en œuvre du droit international. Lorsque celles-ci prennent le temps d'analyser le droit international – par exemple avec le soutien d'experts et d'expertes – et d'élaborer des projets législatifs de mise en œuvre, elles facilitent beaucoup le travail des parlementaires. Nous verrons toutefois dans le chapitre suivant, en lien avec l'égalité entre hommes et femmes, qu'il arrive aussi qu'un parlement rejette un projet de loi malgré l'existence d'un avis de droit en faveur de celui-ci[1185].

Nous avons aussi mis en lumière plusieurs mécanismes développés par la société civile afin de promouvoir la CDPH auprès du public (citoyens, auto-

1183 AMMANN (2020a), 149.

1184 Ibid, 152.

1185 Voir point 8.2.4 ci-dessous.

rités, associations, etc.). Certes, de tels mécanismes ne cherchent pas explicitement à guider les autorités législatives cantonales dans leurs processus de mise en œuvre respectifs. Toutefois, en faisant connaître la CDPH, en encourageant son application *(tambourin)* et en donnant des exemples de bonnes pratiques *(carotte),* ils peuvent créer un climat social favorable aux droits garantis par la Convention et donc aussi à l'éducation inclusive. Or, comme nous l'avons vu au chapitre précédent en lien avec les aires d'accueil pour les Yéniches, Sintés et Roms, la volonté politique et le soutien de la population peuvent avoir un impact très important sur la mise en œuvre de certaines obligations. Ces réflexions montrent bien la manière dont les mécanismes de mise en œuvre interagissent avec des facteurs externes[1186], qui influencent aussi la mise en œuvre des obligations internationales considérées.

Le chapitre qui suit présente notre dernière étude de cas : l'obligation de réaliser l'égalité entre les femmes et les hommes dans les cantons. Comme nous le verrons, malgré l'existence de divers mécanismes de mise en œuvre – principalement de type *tambourin* – la situation dans plusieurs cantons est encore peu satisfaisante en matière de promotion de l'égalité. Nous discuterons la possibilité de mettre en place de nouveaux mécanismes, qui seraient susceptibles de faire évoluer cette situation.

---

1186 Voir à ce sujet le point 2.4.3.

# 8. La promotion de l'égalité des femmes et des hommes dans les cantons : beaucoup de « bruit » pour rien ?

La troisième obligation que nous avons sélectionnée dans le domaine de la protection internationale des droits humains est celle de promouvoir la réalisation de l'égalité entre les femmes et les hommes, en légiférant à cet égard. Souvent, la promotion de l'égalité passe par la création d'un cadre institutionnel par l'autorité législative compétente. Comme nous le verrons, le droit international n'impose pas l'adoption de mesures précises – comme la création d'un service de l'égalité par exemple – mais empêche l'autorité législative (y compris cantonale) de rester inactive. Cette obligation et les mécanismes de mise en œuvre associés sont détaillés dans les paragraphes ci-dessous.

## 8.1. L'obligation internationale de légiférer

L'obligation internationale de légiférer pour réaliser l'égalité entre les femmes et les hommes peut être déduite de plusieurs conventions internationales (point 8.1.1). En droit suisse, elle incombe aussi bien aux autorités législatives fédérales que cantonales (point 8.1.2).

### 8.1.1. Les sources internationales de l'obligation

En droit international, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF)[1187] constitue l'instrument spécifique de promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes. D'autres traités plus généraux imposent aussi une obligation de réaliser l'égalité entre les femmes et les hommes. Certains de ceux-ci sont présentés ci-dessous.

1187 Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes conclue le 18 décembre 1979, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 avril 1997 (CEDEF ; RS 0.108).

#### 8.1.1.1. La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes

Adoptée le 18 décembre 1979 par l'Assemblée générale des Nations Unies, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) appréhende les discriminations qui touchent spécifiquement les femmes[1188]. Les obligations générales des États parties à la Convention – c'est-à-dire celles qui touchent à l'ensemble des aspects de la Convention – figurent à son art. 2[1189]. *In initio*, cet article impose deux obligations générales aux États parties à la Convention : l'obligation de condamner la discrimination à l'égard des femmes « sous toutes ses formes » et celle de « poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer la discrimination à l'égard des femmes ». La deuxième de ces obligations nous intéresse dans le cadre du présent chapitre. Elle est précisée à l'art. 2 let. a CEDEF qui oblige les États parties à assurer « par voie de législation ou par d'autres moyens appropriés » l'application du principe de l'égalité des hommes et des femmes. Interprétés selon les règles de la CVT, l'art. 2 *in initio* et l'art. 2 let. a CEDEF imposent aux États parties de légiférer pour réaliser l'égalité entre les femmes et les hommes.

Si l'on s'en tient au texte de la disposition (interprétation littérale), les États ne sont pas explicitement tenus de prendre des mesures législatives. La disposition leur laisse en effet le choix des moyens (législation ou autres moyens appropriés) pour parvenir à la réalisation du principe d'égalité. Le texte de l'art. 2 let. a ne précise pas les cas dans lesquels il est nécessaire de légiférer et ceux dans lesquels d' « autres moyens appropriés » sont suffisants. La mention expresse de la législation, à côté des « autres moyens », suggère toutefois que celle-ci revêt une importance particulière lors de la mise en œuvre du traité. L'analyse du contexte de la disposition (art. 31 paras 1 et 2 CVT), soit notamment des autres dispositions de la Convention, conduit à la même conclusion. L'adoption de mesures législatives pour réaliser les droits garantis par la Convention apparaît en effet à plusieurs reprises dans le texte de celle-ci (art. 2 let. b, art. 2 let. f, art. 3, art. 6, art. 16 para. 2 CEDEF). L'on ne saurait dès lors considérer que l'adoption de mesures législatives ait été envisagée comme une simple possibilité parmi d'autres pour les États parties. Au contraire, elles sont nécessaires à la mise en œuvre de la Convention.

1188 VERDUSSEN/CAMBIER (2019), N 1 ad Préambule CEDEF ; SCHLÄPPI/WYTTENBACH/ULRICH (2015a), 20.

1189 MARTENET (2019), N 14 ad art. 2 CEDEF.

Plusieurs auteurs arrivent d'ailleurs à la même conclusion. Pour MARSHA FREEMAN, CHRISTINE CHINKIN et BEATE RUDOLF, l'art. 2 let. a CEDEF donne une grande importance au rôle de la loi. Selon eux, la référence à d' « autres moyens appropriés » « acknowledges that because the legal traditions and legislative structures of the States parties differ, the principle of equality can be legislatively guaranteed by a variety of means »[1190]. Ils estiment ainsi que des mesures législatives doivent être adoptées pour mettre en œuvre le principe d'égalité ; ces mesures peuvent toutefois varier selon l'organisation de l'État concerné. VINCENT MARTENET considère quant à lui que tous les organes de l'État sont concernés pour réaliser l'application effective du principe d'égalité entre hommes et femmes[1191] ; tel est notamment le cas de l'autorité législative. EVELYNE SCHMID relève à cet égard que l'obligation internationale contenue à l'art. 2 let. a CEDEF vise très spécifiquement la législation[1192]. Enfin, selon ERIKA SCHLÄPPI, JÖRG KÜNZLI et EVELYNE STURM, « [d]ie Anpassung der Gesetzgebung gilt allgemein als wichtiger Schritt zur Umsetzung menschenrechtlicher Verpflichtungen »[1193]. Dans sa recommandation générale nº 28, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes estime que l'art. 2 *in initio* oblige les États à prendre aussi bien des mesures législatives que d'autres mesures appropriées telles que l'établissement de plans d'action[1194]. L'interprétation du traité selon la CVT, confirmée par la doctrine et le Comité CEDEF, mène à la conclusion suivante : même si le texte de la Convention offre aux États la possibilité de choisir entre des mesures législatives ou d'autres moyens appropriés, en pratique ils doivent prendre toutes les mesures mentionnées par la Convention, y compris des mesures législatives. En Suisse, le Tribunal fédéral a d'ailleurs reconnu que l'art. 2 let. a CEDEF requérait l'adoption d'un « acte normatif » par les autorités compétentes du canton de Zoug[1195]. Dans un second arrêt rendu en 2017, le Tribunal fédéral a cependant nuancé sa position puisqu'il a considéré qu'une ordonnance de l'exécutif constituait une solution transitoire remplissant les exigences minimales imposées par le droit international. Nous reviendrons sur cette question ci-dessous[1196].

1190 FREEMAN/CHINKIN/RUDOLF (2012), point C. II ad art. 2 CEDEF.

1191 MARTENET (2019), N 49 ad art. 2 CEDEF.

1192 SCHMID (2016), 7.

1193 SCHLÄPPI/KÜNZLI/STURM (2015), N 40 ad art. 2 CEDEF.

1194 COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES FEMMES (2010), Recommandation générale nº 28 concernant les obligations fondamentales des États parties découlant de l'article 2 CEDEF, para. 24.

1195 TRIBUNAL FÉDÉRAL (2011), ATF 137 I 305, c. 2.6.

1196 Voir à ce sujet point 8.2.4.

### 8.1.1.2. L'article 3 du Pacte ONU I et l'article 3 du Pacte ONU II

En vertu de l'art. 3 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I), « [l]es États parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal qu'ont l'homme et la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels qui sont énumérés dans le présent Pacte ». L'art. 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II) emploie une formule similaire : « [l]es États parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits civils et politiques énoncés dans le présent Pacte ». Une lecture littérale de ces deux dispositions ne permet pas de dégager des obligations explicites de légiférer pour réaliser l'égalité entre les femmes et les hommes dans tous les domaines de la vie. Analysées dans leur contexte, soit en lien avec les autres dispositions des deux pactes, il est toutefois possible de déduire de telles obligations.

Ces dispositions n'ont pas vocation à être appliquées seules. Au contraire, les obligations qu'elles contiennent valent pour tous les droits consacrés dans les deux pactes, comme cela a été confirmé par le Comité des droits de l'homme et par le CESCR[1197]. L'obligation de réaliser l'égalité entre les femmes et les hommes doit ainsi être prise en compte à chaque fois que les États prennent des mesures pour mettre en œuvre les droits garantis par les pactes onusiens. Ces mesures de mise en œuvre comprennent notamment des mesures législatives, comme cela ressort de l'art. 2 para. 1 du Pacte ONU I[1198] et de l'art. 2 para. 2 du Pacte II[1199]. Les mesures législatives occupent même une place importante dans la réalisation des obligations contenues dans les pactes onusiens puisque les rédacteurs des deux pactes ont choisi de les mentionner expressément, à côtés des autres « moyens appropriés ». L'obligation de réaliser l'égalité entre les femmes et les hommes passe dès lors nécessairement par l'adoption, à côté d'autres types de mesures, de mesures législatives. Cette interprétation est confirmée aussi bien par le Comité des droits de l'homme, selon lequel l'obligation énoncée à l'art. 3 du Pacte II « suppose [...] la mise en conformité de la législation du droit interne avec les dispositions du Pacte »[1200] que par

1197 CESCR (2005), Observation générale n° 16 (2005), E/C.12/2005/4, para. 22 ; COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME (2000), Observation générale n° 28, HRI/GEN/1/Rev.9, para. 2.

1198 L'art. 2 para. 1 du Pacte ONU I prévoit que les États s'engagent à agir « par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives ».

1199 Selon l'art. 2 para. 2 du Pacte ONU II, les États s'engagent à adopter des mesures « d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte ».

1200 COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME (2000), Observation générale n° 28, HRI/GEN/1/Rev.9, para. 3.

le CESCR qui estime que « [l]es États parties devraient réexaminer régulièrement la législation, [...] qui [a] trait aux droits économiques, sociaux et culturels et y apporter les modifications nécessaires » afin qu'elle permette de réaliser le principe garanti par l'art. 3 du Pacte[1201]. BEN SAUL, DAVID KINLEY et JACQUELINE MOWBRAY estiment également que la mise en œuvre de l'art. 3 « include[s] the adoption of legislation »[1202]. S'agissant de l'interdiction de discrimination prévue par le Pacte ONU II, la doctrine rappelle aussi qu'elle requiert l'adoption de mesures positives (législatives mais pas uniquement)[1203].

#### 8.1.1.3. La Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul)

La Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul) a été adoptée en 2011 par le Conseil de l'Europe et est entrée en vigueur en 2014 à la suite de sa 10ème ratification[1204]. Bien qu'elle ait comme objectif principal de prévenir la violence à l'égard des femmes et la violence domestique[1205], cette convention a une portée plus large et vise aussi la mise en œuvre d'une égalité réelle entre les femmes et les hommes[1206]. À son art. 4 al. 2, la Convention oblige ainsi les États à prendre « les mesures législatives et autres nécessaires » pour prévenir la discrimination à l'égard des femmes, « en particulier en inscrivant dans leurs constitutions nationales ou toute autre disposition législative appropriée, le principe de l'égalité entre les femmes et les hommes, et en assurant l'application effective dudit principe » (art. 4 al. 2, premier tiret). Contrairement au texte de l'art. 2 let. a CEDEF, qui laisse le choix aux États parties entre la législation ou « d'autres moyens appropriés », l'art. 4 al. 2 *in initio* de la Convention d'Istanbul est plus directif ; les États doivent prendre des mesures législatives et « autres nécessaires ». Il s'agit d'une obligation explicite de légiférer afin de réaliser le principe d'égalité entre les femmes et les hommes.

---

1201 CESCR (2005), Observation générale nº 16 (2005), E/C.12/2005/4, para. 34.

1202 SAUL/KINLEY/MOWBRAY (2014), p. 226.

1203 JOSEPH/CASTAN (2014), p. 809.

1204 Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, approuvée par l'Assemblée fédéral le 16 juin 2017 et entrée en vigueur en Suisse le 1er avril 2018 (Convention d'Istanbul, RS 0.311.35).

1205 CONSEIL DE L'EUROPE (2011), Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, para. 25.

1206 Ibid, para. 21.

### 8.1.1.4. La Convention européenne des droits de l’homme

Selon l’art. 14 de la Convention européenne des droits de l’homme, « [l]a jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe [...] ». Le Protocole nº 12 à la CEDH, qui n’a pas été ratifié par la Suisse, prévoit quant à lui que « [l]a jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe [...] ». Ces deux articles consacrent une obligation négative de non-discrimination ainsi qu’une obligation de prendre des mesures positives[1207]. L’utilisation du terme « assurer » permet en effet de déduire une obligation positive du texte de ces deux articles. De plus, ces articles doivent être lus en parallèle avec les autres dispositions de la Convention, qui contiennent également des obligations positives[1208]. En d’autres termes, cela signifie que le principe de non-discrimination crée, en lien avec les droits garantis par la Convention, des obligations positives à la charge des États parties[1209]. Dans sa jurisprudence, la Cour a également reconnu que des obligations positives devaient être déduites de l’art. 14 CEDH. Par exemple, dans l’affaire *J.D. et A. c. Royaume-Uni*, la Cour a reconnu que l’art. 14 CEDH en lien avec l’art. 1 Protocole 1 (protection de la propriété) avait été violé par le Royaume-Uni pour avoir omis de protéger une femme victime de violence domestique[1210]. Dans cet arrêt, la Cour a considéré que « [t]he prohibition deriving from Article 14 will therefore also give rise to positive obligations for the Contracting States to make necessary distinctions between persons or groups whose circumstances are relevantly and significantly different »[1211]. Dans ces affaires, il n’est pas explicitement question de mesures législatives. En fonction du domaine en question – par exemple la protection des femmes contre la violence domestique – des mesures législatives seront cependant inévitables en droit interne afin de mettre en œuvre les obligations imposées par la Cour. Partant, une obligation de légiférer pour réaliser le principe de l’égalité entre les femmes et les hommes ne ressort pas explicitement de la CEDH, mais doit être déduite de l’interdiction de discrimination consacrée par l’art. 14 de la Convention et son Protocole nº 12[1212]. Bien que la

1207 AKANDJI-KOMBE (2006), 61.

1208 Ibid.

1209 KLEBER (2015), La discrimination multiple : étude de droit international, suisse et européen, 121.

1210 COUREDH (2019), J.D. et A. c. Royaume-Uni du 24 octobre 2019, § 104.

1211 Ibid, § 84.

1212 Sur les obligations positives issues de la jurisprudence de la CourEDH en général, voir point 2.3.1.

Suisse n'ait pas ratifié le Protocole n°12, elle ne peut pas l'ignorer complètement, comme nous l'avons vu au chapitre précédent en lien avec le Protocole n°1, qu'elle n'a pas non plus ratifié[1213].

### 8.1.1.5. La Charte sociale européenne

Comme nous l'avons vu au chapitre précédent, bien que la Suisse n'ait pas ratifié la Charte sociale européenne, les dispositions qu'elle contient ont une certaine importance pour la Suisse[1214]. En lien avec l'égalité entre les femmes et les hommes, le Conseil fédéral a d'ailleurs estimé que la Suisse pourrait reconnaître l'art. 20 de la Charte, qui consacre le droit à l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, sans discrimination fondée sur le sexe[1215].

Selon cette disposition, les États parties doivent prendre les « mesures appropriées » pour assurer et promouvoir l'application du droit à l'égalité qu'il consacre. Le texte de cette disposition n'oblige donc pas explicitement les États à prendre des mesures législatives. L'art. I de la partie V de la Charte prévoit d'ailleurs que la mise en œuvre des dispositions qu'elle contient peut intervenir par « la législation et la réglementation » ou par d'« autres moyens appropriés ». Comme le relève EVELYNE SCHMID, il existe toutefois un large consensus quant au fait que l'adoption de règles juridiques nationales constitue la méthode de mise en œuvre privilégiée pour assurer la protection des droits garantis par la Charte[1216]. Le Comité européen des droits sociaux (CEDS) a d'ailleurs estimé que l'obligation garantie par l'art. 20 CSE impliquait « l'obligation à charge des États parties d'adopter une législation explicite et suffisamment précise garantissant l'égalité de traitement dans tous ses aspects. L'inscription du principe dans la Constitution ne suffit pas »[1217]. En droit suisse, le droit du travail est un domaine régi éminemment par des lois au sens formel (Code des obligations, Loi sur le travail). En raison de ce choix, l'action de l'autorité législative est nécessaire afin de mettre en œuvre le principe énoncé à l'art. 20 CSE. Comme nous le verrons au prochain point, cette responsabilité incombe principalement à l'autorité législative fédérale puisqu'il s'agit d'un domaine de compétence fédérale. Les parlements cantonaux sont toutefois également concernés dans une moindre mesure.

1213 Voir point 7.1.1.4 ci-dessus.

1214 Voir point 7.1.1.5 ci-dessus.

1215 CONSEIL FÉDÉRAL (2014), Rapport du Conseil fédéral sur la Charte sociale européenne révisée du 2 juillet 2014, 5494.

1216 SCHMID (à paraître).

1217 CONSEIL DE L'EUROPE (2018), Digest de jurisprudence du Comité européen sur les droits sociaux, 191.

### 8.1.2. Les débiteurs internes de l'obligation

L'art. 35 al. 1 Cst. prévoit que les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique suisse. Le mandat de réaliser l'égalité entre les femmes et les hommes est donc transversal : il s'adresse à tous les organes de l'État et à tous les niveaux (Confédération, cantons et communes)[1218]. Par conséquent, la mise en œuvre de l'égalité se fait de manière diffuse dans l'ordre juridique suisse[1219]. La Confédération doit réaliser ce mandat dans ses domaines de compétence et les cantons dans les leurs[1220] (qu'il s'agisse de compétences propres ou de compétences d'exécution du droit fédéral[1221]). Les cantons ont par exemple une compétence exclusive dans le domaine de l'enseignement obligatoire (art. 62 al. 1 Cst.) ; c'est donc à eux qu'il revient d'introduire des aspects d'égalité entre femmes et hommes dans les programmes scolaires[1222]. Ainsi, pour reprendre les termes du Conseil fédéral, « [d]ie Kantone müssen aber in ihrem Zuständigkeitsbereich dafür sorgen, dass die Gleichstellung von Frau und Mann umgesetzt wird. Das hat auch das Bundesgericht in zwei Entscheiden so bestätigt. Mit der Ratifizierung des UNO-Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau hat sich der Bund verpflichtet, die Bestimmungen dieses Übereinkommens umzusetzen. Der Bund ist gegenüber der UNO zwar dafür verantwortlich, dass sich auch die Kantone daran halten. Aufgrund der Kompetenzverteilung in unserer Bundesverfassung sind die Kantone aber in ihrem Zuständigkeitsbereich selber für die Umsetzung verantwortlich »[1223].

Comme nous l'avons vu ci-dessus, le mandat de réaliser l'égalité entre les femmes et les hommes s'adresse en outre à tous les organes de l'État. À côté des « mesures législatives », l'emploi des termes « autres moyens appropriés » ou « autres mesures nécessaires » vise en effet les autorités d'application du droit (juges, pouvoir exécutif). Bien qu'il revienne en premier lieu à l'autorité législative de mettre en œuvre cette obligation, dans certaines circonstances, les pouvoirs exécutif et judiciaire ont aussi la compétence d'agir[1224].

1218 En ce sens voir notamment : BIAGGINI (2017), N 30 ad art. 8 Cst ; CR Cst.-MARTENET (2021), N 46 ad art. 8 ; TRIBUNAL FÉDÉRAL (2011), ATF 137 I 305, c. 4 ; SG Kommentar BV-SCHWEIZER (2014), N 6 ad art. 35

1219 CR Cst.-MARTENET (2021), N 47 ad art. 8 ; SCHLÄPPI/WYTTENBACH/ULRICH (2015b), 78.

1220 NAGUIB (2012), 917 ; PÄRLI (2016), 425.

1221 SCHMID (2016), 4s.

1222 Voir en ce sens : CONSEIL FÉDÉRAL (2019), Beijing + 25 Mise en œuvre de la Déclaration et du Plan d'action de Beijing, 12.

1223 CONSEIL NATIONAL, BO 2020 p.165.

1224 SG Kommentar BV-SCHWEIZER (2014), N 14 ad art. 35.

Parfois, il n'est toutefois pas possible de renoncer à l'adoption d'une loi au sens formel. Tel est le cas lorsqu'il s'agit de définir la manière dont l'administration (fédérale ou cantonale) promeut l'égalité. En effet, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le mandat de réaliser l'égalité oblige les cantons à « prévoir par qui, comment et avec quels moyens le mandat de promouvoir l'égalité sera réalisé »[1225]. En pratique, l'action de l'autorité législative sera nécessaire pour prendre une telle décision. En effet, conformément au principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst.), l'activité de l'administration doit trouver son fondement dans la loi[1226]. Dans l'ordre juridique suisse, seule l'autorité législative sera donc compétente pour définir la manière dont le mandat de promouvoir l'égalité devra être réalisé dans un canton donné. Comme nous le verrons ci-dessous, le Tribunal fédéral accepte toutefois l'adoption d'ordonnances « temporaires » de mise en œuvre dans certaines circonstances[1227]. Nous aurons l'occasion de revenir sur les problèmes que posent ce type de solutions en lien avec le principe de la légalité.

Il ressort de ce qui précède qu'en droit suisse, le mandat international de réaliser l'égalité entre les femmes et les hommes crée une obligation, à la charge des autorités législatives cantonales.

## 8.2. Les mécanismes internes de mise en œuvre

Pour reprendre les termes de PATRICIA SCHULZ lors de l'émission GéoPolitis du 17 octobre 2021, les traités internationaux relatifs aux droits des femmes sont très importants parce qu'ils indiquent là où l'on voudrait aller[1228]. Pour arriver à concrétiser ces objectifs, nous avons vu que l'adoption de mesures législatives à tous les niveaux de l'État est nécessaire. Les autorités législatives sont ensuite libres dans le choix des moyens pour parvenir à la réalisation du principe de l'égalité entre les femmes et les hommes : il peut s'agir de mesures institutionnelles, organisationnelles, budgétaires et/ou autres. Parmi ces mesures, les structures cantonales de mise en œuvre (bureaux ou services de l'égalité) constituent un bon moyen de réaliser l'égalité, pour autant qu'elles établissent des relations stratégiques au sein de l'administration, qu'elles disposent de ressources suffisantes et qu'elles soient opérationnelles[1229]. Dans

1225 TRIBUNAL FÉDÉRAL (2011), ATF 137 I 305, c. 5.5. et 7.

1226 MALINVERNI et al. (2021), 683.

1227 Voir point 8.2.4 ci-dessous.

1228 RADIO TÉLÉVISION SUISSE RTS, Géopolitis, Le combat des femmes.

1229 FUCHS (2018), 226.

ces conditions, ces organes ont un rôle central à jouer dans la mise en œuvre de l'obligation internationale exposée ci-dessus[1230]. D'ailleurs, la question des structures nationales de mise en œuvre constituait déjà un thème récurrent lors des réunions de la *Commission on the Status of Women* (CSW) et du CESCR dans les années 1960[1231]. Le rapport relatif à la première conférence mondiale de l'ONU sur les femmes qui s'est tenue à Mexico en 1975 recommandait également la création de « women's bureaux » dotés d'un budget suffisant et de ressources en personnel adéquates[1232].

En Suisse, le Jura a été le premier canton à se doter d'un bureau de l'égalité lors de sa création en 1979. Plusieurs autres cantons l'ont imité dans les années qui suivirent, principalement entre 1985 et 1995[1233]. Cette période, qualifiée de *« Frauenbüro-Boom »*[1234], s'inscrit dans le cadre d'un vaste phénomène (international, fédéral et cantonal) en faveur des droits des femmes[1235]. Après le « boom » observé entre 1985 et 1995, ont suivi deux périodes de crise (la première en 1995 et la seconde dès 2003), durant lesquelles les bureaux de l'égalité ont subi des réductions de budget, de personnel ou ont été entièrement supprimés[1236]. Compte tenu du grand potentiel de ces structures[1237] pour la mise en œuvre de l'obligation exposée ci-dessus, il est impératif d'inverser cette tendance et d'encourager la création de nouveaux bureaux et services de l'égalité dans les cantons. Cette seconde section vise dès lors à identifier les mécanismes mis en place dans l'ordre juridique suisse pour encourager les autorités législatives des cantons à prendre des mesures de promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes – notamment en créant ou en renforçant des bureaux ou services de l'égalité.

1230 Ibid. ; BUREAU FÉDÉRAL DE L'ÉGALITÉ ENTRE FEMMES ET HOMMES (1999), Plan d'action de la Suisse, 93.

1231 SCHEIDEGGER (2008), 19.

1232 UNITED NATIONS (1976), Report of the World Conference on the International Women's Year, E/CONF 66/34, § 34.

1233 DERUNGS et al. (2014), Egalité entre femmes et homme – Plan d'action de la Suisse – Bilan 1999-2014, p. 66.

1234 SCHEIDEGGER (2008), 100 ; FUCHS (2018), 190.

1235 Selon SCHEIDEGGER (2008), 100. « Die Frage, ob der « Frauenbüro-Boom » von unten oder von oben kommt, lässt sich nicht abschliessend beantworten. Es fehlen wichtige Verbindungsstücke zwischen der internationalen Ebene, den Frauenbewegungen und den Kantonen. Die Förderung nach Fachstellen wird auf internationaler, nationaler und kantonaler Ebene je einzeln gestellt und ist fast flächendeckend und zur gleichen Zeit präsent. »

1236 FUCHS (2018), 191.

1237 Voir en ce sens ibid, 225.

### 8.2.1. Le plan d'action fédéral de 1999

Entre le 4 et le 15 septembre 1995, s'est tenue à Pékin la 4ème Conférence mondiale de l'ONU sur les femmes. Lors de celle-ci, un programme d'action a été adopté. Bien que non-contraignant, il se fondait sur plusieurs obligations internationales, que les États présents lors de la conférence se sont réengagés à respecter[1238].

Pour mettre en œuvre ce programme – et donc les obligations internationales réaffirmées par celui-ci – le BFEG a mis sur pied un groupe de travail interdépartemental dont l'objectif était de rédiger un plan d'action national[1239]. Ni les cantons ni les organisations de la société civile n'étaient représentées au sein de ce groupe de travail, mais le projet a bénéficié des propositions d'une cinquantaine d'organisations issues de la société civile[1240]. Sur la base des travaux de ce groupe de travail, le plan d'action a été adopté en 1999. Son but était de présenter « de manière systématique les domaines dans lesquels une action engagée en faveur de l'égalité est nécessaire et les moyens de la mener »[1241]. Il a été adressé aux autorités fédérales, cantonales et communales, au monde académique, aux médias et à la société civile[1242]. Les mesures établies dans le plan devaient être considérées « comme des propositions, des encouragements à l'action, des incitations pour leurs destinataires »[1243].

Comme il ressort de la description ci-dessus, le plan d'action de 1999 avait pour but d'encourager divers acteurs – y compris les autorités législatives cantonales – à prendre des mesures visant à mettre en œuvre les obligations réaffirmées lors de la Conférence de Pékin. Concrètement, il s'agit d'un catalogue de mesures, qui sont à comprendre comme des recommandations à leurs destinataires, lesquels sont identifiés en fonction de leur aptitude à évaluer et à réaliser chaque mesure[1244]. L'une des mesures prévues par le plan d'action consistait à créer et renforcer les organes de promotion de l'égalité entre femmes et hommes sur les plans fédéral, cantonal et communal[1245]. Il

1238 UN WOMEN (2014), Déclaration et Programme d'action de Beijing – Déclartion politique et textes issus de Beijing+5, 10.

1239 BUREAU FÉDÉRAL DE L'ÉGALITÉ ENTRE FEMMES ET HOMMES (1999), Plan d'action de la Suisse, 12.

1240 BUREAU FÉDÉRAL DE L'ÉGALITÉ ENTRE FEMMES ET HOMMES, Plan d'action de la Suisse, 8.

1241 BUREAU FÉDÉRAL DE L'ÉGALITÉ ENTRE FEMMES ET HOMMES (1999), Plan d'action de la Suisse, 8.

1242 Ibid.

1243 Ibid.

1244 Ibid, 12.

1245 Ibid, 93.

ressort ainsi du plan d'action que « [d]ans les domaines de compétences des cantons et des communes se dessinent également d'importantes perspectives d'action. Aussi la création d'organes de l'égalité supplémentaires sur les plans cantonal et communal est-elle aussi indispensable que le renforcement en personnel et en ressources des organes déjà existants »[1246]. Ce plan d'action a été critiqué par une coalition d'ONG, qui l'a jugé trop peu contraignant[1247].

En 2002, ce plan d'action a fait l'objet d'un premier bilan à la suite d'une motion déposée au Conseil national, demandant au Conseil fédéral d'informer le Parlement sur la mise en œuvre du plan d'action par les autorités fédérales[1248]. Ce bilan analyse la manière dont le plan d'action a été mis en œuvre par les différents départements fédéraux. Les mesures prises par les cantons n'y sont toutefois pas répertoriées.

En 2014, le plan d'action a été évalué à nouveau dans le cadre du « Bilan 1999-2014 », réalisé par le Centre interdisciplinaire d'études genre de l'Université de Berne sur mandat du BFEG[1249]. Ce bilan établit des recommandations concrètes et actualisées concernant la nécessité d'agir pour réaliser l'égalité entre femmes et hommes. Il s'agit dès lors d'une mise à jour du plan d'action. En lien avec la promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes dans les cantons, le bilan dresse un état des lieux de la situation. Ainsi, en 2014, il existait un bureau ou une commission de l'égalité dans vingt-et-un cantons (dix-sept bureaux et quatre commissions)[1250]. Le bilan note aussi la fermeture du service de l'égalité de Nidwald et de la commission de l'égalité de Zoug en 2010[1251]. Enfin, il mentionne un exemple positif : dans le canton de Bâle-Campagne, où la demande de fermeture du bureau de l'égalité a échoué, les débats parlementaires ont permis de renforcer le bureau en question[1252]. À la suite de ces éléments factuels, le bilan émet plusieurs recommandations à l'attention des autorités fédérales et cantonales pour renforcer les bureaux de l'égalité entre les femmes et les hommes[1253].

Le plan d'action publié en 1999 et les deux bilans auxquels il a donné lieu par la suite permettent d'identifier les mesures nécessaires à la réalisation de

1246 Ibid.

1247 SCHLÄPPI/WYTTENBACH/ULRICH (2015b), 79.

1248 CONSEIL FÉDÉRAL (2002), Mise en œuvre du Plan d'action de la Suisse « Egalité entre femmes et hommes » par les autorités fédérales.

1249 DERUNGS et al. (2014), Egalité entre femmes et homme – Plan d'action de la Suisse – Bilan 1999-2014, 10.

1250 Ibid, 66.

1251 Ibid.

1252 Ibid.

1253 Ibid, 71.

l'égalité entre les femmes et les hommes à tous les niveaux de l'État. Les recommandations formulées dans ces documents n'ont toutefois rencontré que peu d'écho auprès des parlementaires cantonaux. Aucun nouveau bureau de l'égalité n'a été créé depuis 2003[1254]. La tendance à la suppression de bureaux existants et aux réductions de budget observée dans le Bilan 1999-2014[1255] semble plutôt se confirmer avec la suppression des bureaux des cantons d'Obwald et d'Argovie en 2017. Dans le canton d'Obwald, le domaine *Gleichstellung* a été supprimé de la *Fachstelle für Gesellschaftsfragen* au début de l'année 2017 pour des raisons budgétaires. Lors des débats parlementaires relatifs à l'adoption de la loi sur le programme de consolidation et de réexamen des tâches[1256] – qui prévoyait notamment la suppression du domaine *Gleichstellung* des tâches de la *Fachstelle für Gesellschaftsfragen* – ladite suppression n'a fait l'objet d'aucun débat au sein du parlement et la loi a été adoptée par 45 voix sans opposition (9 abstentions)[1257]. Dans le canton d'Argovie, malgré une pétition soutenue par de nombreux acteurs, la *Fachstelle Gleichstellung* a été intégrée à la *Fachstelle Alter und Familie*, par 72 voix contre 57[1258], également pour des raisons budgétaires[1259]. Contrairement au canton d'Obwald, la suppression de la *Fachstelle Gleichstellung* a toutefois donné lieu à un débat parlementaire fourni. Les pétitionnaires ont fait valoir l'obligation internationale et constitutionnelle de la Suisse de réaliser l'égalité entre les femmes et les hommes pour s'opposer à la suppression du service[1260]. Ils se sont appuyés sur la « Stratégie Égalité des genres et droits des femmes du DFAE » parue en 2017 pour soutenir leurs arguments[1261]. Ce choix est peu commun dans la mesure où, contrairement à d'autres documents fédéraux, cette stratégie ne s'adresse pas aux cantons, mais uniquement aux acteurs fédéraux et internationaux[1262]. À notre avis, les pétitionnaires se sont simplement référés au document le plus récent publié par la Confédération au sujet de l'égalité entre les femmes et les hommes[1263].

1254 Il s'agissait du service de l'égalité des cantons de Nidwald et Obwald, qui a été supprimé à Nidwald en 2010 et à Obwald en 2017.

1255 DERUNGS et al. (2014), Egalité entre femmes et homme – Plan d'action de la Suisse – Bilan 1999-2014, 66.

1256 Gesetz über das Konsolidierungs- und Aufgabenüberprüfungspaket vom 19. Mai 2016 (OGS 2016, 35).

1257 BO/OW, 14 avril 2016, 283s. ; BO/OW, 19 mai 2016, 319.

1258 BO/AG, 29 novembre 2017, 1199.

1259 BO/AG, 28 novembre 2017, 1195.

1260 BO/AG, 28 novembre 2017, 1195.

1261 BO/AG, 28 novembre 2017, 1196.

1262 DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES (2017), Stratégie Égalité des genres et Droits des femmes du DFAE.

1263 Ibid. La Stratégie du DFAE a été publiée en septembre 2017 et les débats devant le parlement argovien ont eu lieu en novembre 2017 (BO/AG, 29 novembre 2017, 1195ss.)

Le plan d'action décrit ci-dessus peut à notre avis être qualifié de *tambourin* puisqu'il vise essentiellement à informer les autorités concernées. Il cherche notamment à définir les tâches des autorités à différents niveaux et à rassembler les informations utiles dans le domaine. Dans une certaine mesure, ce mécanisme peut aussi être qualifié de *carotte* puisqu'il cherche à mettre en avant certaines pratiques *(naming and praising)*. Au final, il apparaît toutefois que ce plan d'action n'a été que très peu mis en œuvre et qu'il n'a été utilisé que de manière limitée comme instrument de travail, notamment par les cantons[1264].

### 8.2.2. La stratégie nationale Égalité 2030

En avril 2021, le Conseil fédéral a adopté la « Stratégie Égalité 2030 » qui établit une liste de mesures prioritaires visant à réaliser l'égalité entre les femmes et les hommes[1265]. Cette liste de mesures a été complétée par un plan d'action, adopté par la Confédération le 17 décembre 2021[1266]. Le but de ce plan d'action est « la mise en œuvre de la stratégie et la concrétisation des mesures prioritaires afin de réaliser la perspective Égalité 2030 »[1267]. Pour réaliser ce plan d'action, la Confédération avait notamment contacté par écrit la Conférence des gouvernements cantonaux (CdC) le 24 juin 2021 afin que les cantons puissent indiquer, par le biais d'un formulaire, les mesures envisagées au niveau cantonal[1268]. Le résultat de cette consultation figure dans le plan d'action, qui comprend un volet « Contribution des cantons »[1269]. Y sont recensées plusieurs mesures, adoptées par divers cantons, dans les domaines « Vie professionnelle et publique » et « Discrimination ».

Contrairement au plan d'action évoqué au paragraphe précédent, il apparaît ainsi que la nouvelle stratégie de la Confédération vise à instaurer un véritable dialogue avec les autorités cantonales. En leur demandant quelles sont les mesures cantonales pour l'égalité entre femmes et hommes, une action de leur part est requise. Comme nous l'avons vu en lien avec la libre circulation des avocats et des avocates, l'envoi d'un formulaire de « contrôle » aux autorités cantonales peut parfois conduire à une action rapide de leur part[1270]. Le

1264 Voir en ce sens : SCHLÄPPI/WYTTENBACH/ULRICH (2015b), 79.

1265 CONSEIL FÉDÉRAL (2021), Stratégie Egalité 2030.

1266 CONSEIL FÉDÉRAL (2021), Plan d'action Stratégie Egalité 2030.

1267 Ibid, 4.

1268 Courrier adressé le 24 juin 2021 par le Conseiller fédéral ALAIN BERSET à ROLAND MAYER, Secrétaire général de la Conférence des gouvernements cantonaux. Le document en question est en possession de l'auteure.

1269 CONSEIL FÉDÉRAL (2021), Plan d'action Stratégie Egalité 2030, 63ss.

1270 Voir point 3.2.2.

contexte politique est toutefois très différent entre ces deux situations, si bien qu'il nous paraît peu probable que la démarche de la Confédération dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes connaisse un succès similaire. Cette approche peut néanmoins être saluée puisque, contrairement au plan d'action 1999, elle implique les cantons. Un tel mécanisme constitue un *tambourin* selon notre catégorisation puisqu'il vise essentiellement à rappeler aux cantons quelles sont leurs obligations dans ce domaine.

### 8.2.3. Une lettre adressée à un exécutif cantonal

Parfois, il arrive que la Confédération prenne des mesures plus incisives pour encourager les autorités cantonales à respecter l'obligation internationale de réaliser l'égalité entre femmes et hommes à tous les niveaux. Par exemple, à la suite de l'intégration de la *Fachstelle Gleichstellung* du canton d'Argovie à la *Fachstelle Alter und Familie*, évoquée ci-dessus, la directrice du BFEG a adressé une lettre au chef du département cantonal compétent, lui indiquant qu'elle considérait cette décision comme problématique en raison des obligations juridiques liant la Confédération, les cantons et les communes dans ce domaine[1271]. En se référant à la jurisprudence du Tribunal fédéral, elle a rappelé que certaines conditions institutionnelles et organisationnelles préalables étaient nécessaires à l'accomplissement du mandat de réaliser l'égalité dans les cantons et a conclu en proposant un échange bilatéral[1272]. Comme nous l'avons vu au point 8.2.1 ci-dessus, cette démarche n'a toutefois pas perd mis le maintien de la *Fachstelle Gleichstellung* dans le canton d'Argovie. Compte tenu de l'absence de sanction, un mécanisme de ce type peut être qualifié de *tambourin*, puisqu'il vise à attirer l'attention du canton concerné sur son obligation internationale. À nouveau, il semble toutefois que la méthode « douce » n'a pas permis de modifier le comportement de l'autorité cantonale dans ce cas.

### 8.2.4. Le rôle incitateur du Tribunal fédéral

Face à l'inaction de certaines autorités législatives cantonales, il apparaît que les mesures informatives mises en place par la Confédération n'ont que peu d'effet. Qu'en est-il alors des juges ? Leurs décisions peuvent-elles encourager l'action des parlements cantonaux ? Dans deux arrêts relatifs à la commission pour l'égalité entre femmes et hommes du canton de Zoug, le Tribunal fédéral

---

1271 Courrier adressé le 5 octobre 2017 par la Directrice du BFEG, Mme SYLVIE DURRER au chef du département de la construction, des transports et de l'environnement du canton d'Argovie. Le document en question est en possession de l'auteure.

1272 Ibid.

a reconnu l'existence d'une obligation internationale de promouvoir l'égalité entre femmes et hommes[1273]. Comme nous le verrons dans les paragraphes qui suivent, la reconnaissance judiciaire de cette obligation, si elle a certains mérites, n'influence toutefois que de manière limitée le comportement des parlementaires cantonaux.

Dans le canton de Zoug, une commission pour l'égalité entre femmes et hommes avait été instituée le 26 novembre 1998 à l'unanimité par le parlement[1274], dans le but de réaliser le mandat imposé par la Constitution fédérale et la Constitution zougoise[1275]. Douze ans plus tard, le parlement a décidé par 37 voix contre 36 de ne pas renouveler le mandat de cette commission[1276]. Plusieurs partis, organisations et individus ont recouru contre cette décision, jusqu'au Tribunal fédéral. Devant notre plus haute instance, les recourants ont demandé que le canton de Zoug soit tenu d'exécuter le mandat de réaliser l'égalité entre femmes et hommes, conformément à plusieurs dispositions de droit constitutionnel et international[1277].

Estimant que les recourants pouvaient se prévaloir d'une obligation suffisamment précise conformément à la CEDEF et au droit constitutionnel suisse, le Tribunal a estimé que le recours était recevable contre la décision de non-renouvellement prise par l'autorité législative zougoise[1278]. Le Tribunal fédéral a ensuite analysé plusieurs recommandations et Observations finales du Comité CEDEF et a rappelé qu'elles constituaient une « source importante pour l'interprétation du traité »[1279]. Il a toutefois conclu que la CEDEF n'obligeait pas l'autorité législative cantonale à mettre sur pied un organe spécifique de promotion de l'égalité entre femmes et hommes[1280]. Les recourants ont donc été déboutés, mais le Tribunal fédéral a précisé dans un *obiter dictum* que la CEDEF et la Constitution obligeaient le canton de Zoug à prévoir le remplacement de l'ancienne commission, tout en étant libre dans le choix des moyens pour y parvenir[1281]. Selon JUDITH WYTTENBACH, sur le plan matériel, le Tribunal fédéral déduit ainsi de l'art. 8 Cst. et de l'art. 2 let. a CEDEF un « mandat d'aménagement social » *(Sozialgestaltungsauftrag)*, selon lequel les autorités

1273 TRIBUNAL FÉDÉRAL (2011), ATF 137 I 305 ; TRIBUNAL FÉDÉRAL (2017), Arrêt 1C_504/2016.

1274 BO/ZG (1998), p. 2313.

1275 BO/ZG (1998), p. 2268.

1276 BO/ZG (2010), p. 2753.

1277 TRIBUNAL FÉDÉRAL (2011), ATF 137 I 305.

1278 Ibid, c. 2.6. Sur cette question, voir notamment : WYTTENBACH (2017), 333 ; SCHMID (2016), 9.

1279 TRIBUNAL FÉDÉRAL (2011), ATF 137 I 305, c. 6.5.

1280 Ibid, c. 6.6.

1281 Ibid, c. 7.

fédérales, cantonales et communales doivent prendre des mesures ciblées pour éliminer les structures discriminatoires et les stéréotypes[1282]. Si le Tribunal fédéral ne précise pas de quelle manière un tel mandat doit être réalisé, il demande l'adoption de mesures organisationnelles en matière d'égalité[1283].

À la suite de ce jugement, le Conseil d'État zougois a proposé au parlement, le 11 mars 2016, un projet de loi sur l'égalité entre femmes et hommes[1284]. Ce projet prévoyait que la réalisation du principe de l'égalité entre femmes et hommes devait s'effectuer de manière décentralisée au sein des différents départements de l'administration cantonale[1285]. Il ressort du rapport rédigé par le Conseil d'État que la loi visait à mettre en œuvre l'obligation internationale de réaliser l'égalité. Dans son rapport, le gouvernement invoque la CEDEF et l'ATF 137 I 305 pour justifier l'adoption du texte législatif envisagé[1286].

Lors des débats au parlement, qui ont lieu le 29 septembre 2016, la députée socialiste BARBARA GYSEL et la directrice du département de l'intérieur MANUELA WEICHELT-PICARD ont également mentionné la CEDEF et invoqué l'obligation internationale de légiférer qui en découle pour justifier la nécessité d'adopter une loi dans le domaine[1287]. À la question *« Warum braucht es ein Gesetz ? »*, la directrice de l'intérieur a ainsi répondu – en s'appuyant sur un avis de droit de KURT PÄRLI[1288] – que les dispositions constitutionnelles existantes n'étaient pas assez précises pour permettre la réalisation effective du principe de l'égalité entre femmes et hommes[1289]. Elle a ajouté que le principe de la légalité impliquait l'inscription des questions politiquement importantes dans une loi au sens formel[1290]. Elle est ainsi arrivée à la conclusion que l'obligation internationale découlant de la CEDEF combinée au droit constitutionnel suisse obligeait les parlements cantonaux à légiférer pour réaliser le principe de l'égalité entre femmes et hommes. Son avis n'a cependant pas été suivi

1282 WYTTENBACH (2017), 334.

1283 En ce sens : MARLÉTAZ (2021), 319.

1284 REGIERUNGSRAT KANTONS ZUG (2016), Gesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann – Bericht und Antrag des Regierungsrats vom 11. März 2016.

1285 Antrag des Regierungsrats vom 22. März 2016; Gesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG-ZG), § 4.

1286 REGIERUNGSRAT KANTONS ZUG (2016), Gesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann – Bericht und Antrag des Regierungsrats vom 11. März 2016, 5.

1287 BO/ZG (2016), p. 1326 et 1330.

1288 BO/ZG (2016), p. 1331. La directrice de l'intérieur MANUELA WEICHELT-PICARD a ainsi indiqué « Warum braucht es ein Gesetz? Diese zentrale Frage wurde von Professor Kurt Pärli im Februar 2014 in einem Kurzgutachten, das der Stawiko und der vorberatenden Kommission vorliegt, abgehandelt. »

1289 BO/ZG (2016), p. 1331.

1290 BO/ZG (2016), p. 1331.

par la majorité du parlement. Au contraire, la majorité des députés a finalement estimé que ce projet de loi engendrerait des frais inutiles et qu'il n'était pas nécessaire d'adopter une loi pour respecter l'ATF 137 I 305 et le droit international[1291]. Le parlement a alors décidé alors par 45 voix contre 27 de ne pas entrer en matière sur le projet[1292].

Le 31 octobre 2016, vingt-neuf personnes privées ont déposé un nouveau recours devant le Tribunal fédéral, dans lequel elles demandaient le constat du non-respect par le canton de Zoug de ses obligations internationales et constitutionnelles[1293]. Avant que le Tribunal fédéral ne rende son jugement, le Conseil d'État zougois s'est empressé d'adopter, le 22 novembre 2016, une ordonnance sur l'égalité entre femmes et hommes, dont le texte est presque identique à celui du projet de loi débattu devant le parlement[1294]. Devant le Tribunal fédéral, le canton de Zoug a dès lors demandé que le recours soit déclaré sans objet[1295].

Dans son arrêt 1C_504/2016, rendu le 19 octobre 2017, le Tribunal fédéral a estimé que l'absence de loi au sens formel ne suffisait pas pour rejeter l'argument du canton selon lequel le recours était sans objet[1296]. Au contraire, le Tribunal fédéral s'est livré à une analyse minutieuse de la réglementation prescrite par l'ordonnance afin de pouvoir décider si elle était suffisante pour remplir le mandat constitutionnel et international en matière d'égalité[1297]. À cet égard, il a observé que l'ordonnance indiquait comment, par qui et par quels moyens le mandat de réaliser l'égalité devrait être réalisé à l'avenir, mais que les ressources personnelles et budgétaires mises à disposition pour la réalisation de ce mandat étaient limitées[1298]. Il ressort en effet de l'ordonnance que si de nouvelles tâches ou actions sont nécessaires à l'avenir, elles doivent être budgétées séparément et dépendent dès lors d'une décision du parlement[1299]. Le Tribunal fédéral est finalement arrivé à la conclusion que la mise en œuvre du mandat de réaliser l'égalité dépendrait fortement de la volonté politique et de l'engagement du gouvernement[1300].

1291 BO/ZG (2016), p. 1324s.

1292 BO/ZG (2016), p. 1334.

1293 TRIBUNAL FÉDÉRAL (2017), Arrêt 1C_504/2016, c. D.

1294 Verordnung über die Gleichstellung von Frau und Mann (BGS 132.11, Gleichstellungsverordnung, GlV-ZG), § 2, 1.

1295 TRIBUNAL FÉDÉRAL (2017), Arrêt 1C_504/2016, c. 2.

1296 Ibid, c. 3.4.3.

1297 Ibid, c. 4.

1298 Ibid, c. 4.3 et 4.4.

1299 Voir le § 3 al. 2 de l'ordonnance.

1300 TRIBUNAL FÉDÉRAL (2017), Arrêt 1C_504/2016, c. 4.4.

De manière surprenante, le Tribunal fédéral a ensuite considéré – bien qu'il ne soit pas possible, selon lui, de prédire avec certitude si l'ordonnance litigieuse serait suffisante pour mettre en œuvre le mandat en matière d'égalité entre les femmes et les hommes[1301] – que le canton avait pris les mesures organisationnelles minimales pour remplir son obligation et n'était pas resté inactif[1302]. Il a ainsi considéré que l'ordonnance adoptée par l'exécutif constituait une solution transitoire admissible[1303]. Il a dès lors déclaré le recours sans fondement[1304].

Comme le relèvent à juste titre FRANZISKA SPRECHER et al. dans la Revue des juristes bernois, le Tribunal fédéral semble lui-même reconnaître que la mise en œuvre de l'obligation échoue en raison de la politique obstructionniste du canton[1305]. RAPHAËL MARLÉTAZ critique aussi cette approche du Tribunal fédéral, mais estime qu'elle a toutefois le mérite de préciser les conditions d'un recours contre l'inaction de l'autorité législative[1306]. Quant au Tribunal fédéral, il justifie sa propre inaction par le principe de la séparation des pouvoirs[1307]. À notre avis, ce principe serait effectivement mis à mal si les autorités législatives cantonales acceptaient les décisions de l'autorité judiciaire sans aucun débat, ni critique[1308]. L'exemple de la commission de l'égalité du canton de Zoug montre toutefois plutôt le contraire[1309]. Selon nous, les juges ne devraient dès lors pas hésiter à imposer clairement une obligation de légiférer aux autorités législatives cantonales lorsque des normes internationales précises existent. En effet, comme le rappelait le Tribunal fédéral dans son ATF 137 I 305, les autorités législatives ne peuvent pas choisir « si » elles remplissent leurs mandats législatifs, mais uniquement « comment » elles les remplissent[1310]. En outre, en laissant une marge d'appréciation importante aux autorités législatives cantonales, les arrêts du Tribunal fédéral peuvent être

1301 À notre avis, il est aisé de conclure qu'une ordonnance comme celle qui a été adoptée par l'exécutif zougois n'est pas suffisante pour remplir le mandat imposé par le droit international et constitutionnel. Selon EVELYNE SCHMID, le projet de loi soumis au parlement n'aurait d'ailleurs pas non plus été suffisant puisqu'il rendait le budget dépendant des députés, d'une année à l'autre (voir en ce sens : SCHMID (2016), 11s.)

1302 TRIBUNAL FÉDÉRAL (2017), Arrêt 1C_504/2016, c. 4.5.

1303 Ibid, 3.4.3.

1304 Ibid, c. 4.5.

1305 SPRECHER FRANZISKA ET AL. (2018), 649.

1306 MARLÉTAZ (2021), 320.

1307 TRIBUNAL FÉDÉRAL (2017), Arrêt 1C_504/2016, c. 6.3.

1308 VERSTRAELEN (2018), 75.

1309 Nous reviendrons sur cette question de la séparation des pouvoirs dans le chapitre suivant : point 9.2.3.2 ci-dessous.

1310 TRIBUNAL FÉDÉRAL (2011), ATF 137 I 305, c. 4.

interprétés de manières très différentes d'un canton à l'autre. Par exemple, lors des débats relatifs à la suppression de la *Fachstelle Gleichstellung* du canton d'Argovie en 2017, les opposants à son maintien ont utilisé les arrêts du Tribunal fédéral relatifs à la commission zougoise pour rappeler que les cantons n'étaient pas obligés de mettre sur pied un service de l'égalité[1311]. Il en va de même du gouvernement zougois, qui a utilisé cet argument pour rejeter la motion demandant la création d'un bureau de l'égalité dans le canton[1312]. En revanche, lors des débats relatifs au maintien ou à la suppression de la *Fachstelle für Gleichstellung für Frauen und Männer* du canton de Bâle-campagne, la jurisprudence du Tribunal fédéral a été invoquée, avec succès, par les députés qui étaient en faveur du maintien du service de l'égalité[1313]. Il apparaît ainsi que ce mécanisme peut être utilisé aussi bien en faveur qu'à l'encontre de la création ou du maintien d'un service ou d'un bureau de l'égalité – en tout cas aussi longtemps que le débat reste superficiel.

Enfin, le second arrêt rendu par le Tribunal fédéral pose la question du seuil minimal que doivent atteindre les mesures législatives internes de mise en œuvre du droit international. À partir de quand peut-on considérer qu'un État a légiféré conformément au droit international ? Comme nous l'avons vu au début de ce travail, la référence à la « loi » en droit international ne permet pas de définir par quel organe elle doit être adoptée en droit interne, ni les qualités formelles qu'elle doit posséder[1314]. C'est le droit interne de l'État concerné qui sera déterminant à cet égard. En l'espèce, nous avons vu que le droit suisse imposait l'adoption d'une loi au sens formel pour réglementer l'activité de l'administration[1315]. Dans ces conditions, nous sommes d'avis que le Tribunal fédéral aurait dû demander au canton de Zoug d'adopter une loi au sens formel relative à l'égalité entre femmes et hommes. En effet, une ordonnance adoptée par l'exécutif cantonal ne génère pas de délibérations publiques et ne peut pas faire l'objet d'un référendum. Elle ne jouit dès lors pas de la même légitimité démocratique qu'une loi[1316]. En outre, contrairement à ce que considère le Tribunal fédéral, il est douteux que l'ordonnance finalement adoptée par le gouvernement zougois constitue une « Übergangs-

1311 BO/AG, 28 novembre 2017, 1199.

1312 REGIERUNG DES KANTONS ZUG (2020), Motion von Luzian Franzini, Rita Hofer, Tabea Zimmermann Gibson, Andreas Lustenberger und Hanni Schriber-Neiger betreffend der Schaffung einer kantonalen Behörde zur Förderung der Chancengleichheit zwischen den Geschlechtern : Bericht und Antrag des Regierungsrats vom 3. März 2020.

1313 BO/BL, 12 novembre 2015, 253.

1314 Voir point 2.3.1.

1315 MALINVERNI et al. (2021), 683.

1316 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), 283.

lösung »[1317]. La position du parlement zougois laisse plutôt penser qu'un nouveau projet de loi serait refusé, menant dès lors à la pérennisation de l'ordonnance litigieuse. Cette hypothèse a d'ailleurs été confirmée par la suite. Le 11 octobre 2019, plusieurs parlementaires ont déposé une nouvelle motion « betreffend der Schaffung einer kantonalen Behörde zur Förderung der Chancengleichheit zwischen den Geschlechtern » devant le parlement zougois[1318]. Ils y demandaient à nouveau la création d'un bureau cantonal de l'égalité. Le 3 mars 2020, le gouvernement zougois a pris position sur cette motion et a estimé que le plan d'action adopté par le canton était suffisant et a conclu qu'il n'était pas nécessaire de créer un tel service dans le canton[1319]. Lors des débats parlementaires relatifs à la motion, les motionnaires ont indiqué que les bureaux de l'égalité étaient reconnus comme un moyen efficace de promouvoir l'égalité et ont rappelé l'obligation internationale – incombant à tous les niveaux de gouvernement – de mettre en œuvre la CEDEF et de prendre des mesures organisationnelles appropriées à cette fin[1320]. Encore une fois, ces arguments n'ont toutefois pas suffi à convaincre la majorité du parlement. Par 55 voix contre 20, le parlement zougois a déclaré la motion « non-pertinente » le 2 juillet 2020[1321].

La situation actuelle dans le canton de Zoug n'est à notre avis pas satisfaisante du point de vue de la mise en œuvre de l'obligation internationale de réaliser l'égalité entre femmes et hommes. Le canton ne dispose en effet ni d'un bureau de l'égalité, ni d'une loi formelle relative à cette problématique, mais uniquement d'une ordonnance adoptée par l'exécutif. Aussi, bien que – grâce à des personnes privées ayant recouru à deux reprises contre l'inaction de l'autorité législative – les autorités zougoises aient pris conscience de leur obligation dans ce domaine, elles n'ont pas agi en conséquence. Le seul changement amené par les deux arrêts rendus par le Tribunal fédéral en 2011 et 2016 est la prise en considération du droit international lors des débats parlementaires

1317 TRIBUNAL FÉDÉRAL (2017), Arrêt 1C_504/2016, 3.4.3.

1318 KANTON ZUG (2019), Motion 3019.1 von Luzian Franzini, Rita Hofer, Tabea Zimmermann Gibson, Andreas Lustenberger und Hanni Schriber-Neiger betreffend der Schaffung einer kantonalen Behörde zur Förderung der Chancengleichheit zwischen den Geschlechtern vom 11. Oktober 2019.

1319 REGIERUNG DES KANTONS ZUG (2020), Motion von Luzian Franzini, Rita Hofer, Tabea Zimmermann Gibson, Andreas Lustenberger und Hanni Schriber-Neiger betreffend der Schaffung einer kantonalen Behörde zur Förderung der Chancengleichheit zwischen den Geschlechtern : Bericht und Antrag des Regierungsrats vom 3. März 2020.

1320 BO/ZG (2020), p. 962. Selon le député Luzian Franzini : « Es braucht Fachstellen und Expertinnen mit den notwendigen Fachkenntnissen, Kompetenzen und Ressourcen, um die von der Konvention verlangte Aufgabe wirksam wahrnehmen zu können » (p. 963).

1321 BO/ZG (2020), p. 968.

relatifs à cette question. Alors que les débats relatifs à l'institution[1322] et au non-renouvellement[1323] de la commission de l'égalité ne faisaient référence à aucune norme internationale, la CEDEF a été mentionnée à plusieurs reprises lors des débats de 2016[1324] et 2020[1325]. Il apparaît ainsi que le mécanisme judiciaire de la décision incitative a uniquement permis d'augmenter la conscience des parlementaires face à leur obligation internationale de réaliser l'égalité entre les femmes et les hommes. Il n'a toutefois pas permis de mettre en œuvre cette obligation dans le canton de Zoug. Quelle est alors la solution, l'introduction d'un troisième recours ? Il est difficile de répondre à cette question. Il apparaît en effet que l'inaction de l'autorité législative zougoise émane désormais d'un choix politique (éclairé) de ne pas légiférer dans ce domaine. Dans une situation comme celle-ci, il reviendrait à notre avis à la Confédération d'utiliser les moyens issus de la surveillance fédérale pour faire respecter le droit international dans ce canton[1326].

Ces deux arrêts doivent être qualifiés de mécanismes de type *tambourin*. Comme ils ne sanctionnent pas l'autorité législative cantonale zougoise ni ne l'obligent à agir, ils ne visent pas à punir cette dernière, mais plutôt à l'inciter à agir « en faisant du bruit ».

### 8.2.5. L'adoption d'une ordonnance par l'exécutif cantonal zougois

Comme nous l'avons vu ci-dessus, dans le canton de Zoug, la mise en œuvre de l'obligation de réaliser l'égalité entre les femmes et les hommes a donné lieu à une ordonnance adoptée par l'exécutif. Dans d'autres cas, nous avons estimé qu'une ordonnance pouvait être qualifiée de *bâton* selon notre catégorisation, dans la mesure où elle visait à faire agir l'autorité législative cantonale en lui retirant sa compétence de légiférer[1327]. Pour qu'un tel mécanisme puisse avoir l'effet d'une sanction *(bâton),* il faut toutefois que l'autorité concernée perçoive comme telle l'adoption de l'ordonnance concernée. Dans le cas d'espèce, tel n'est pas le cas puisque la majorité du parlement zougois ne souhaite pas légiférer sur cette question. Aussi, contrairement à d'autres ordonnances adoptées par l'exécutif, celle qui a été adoptée par le gouvernement zougois ne peut être qualifiée de mécanisme de mise en œuvre.

1322 BO/ZG (1998), p. 2268s.

1323 BO/ZG (2010), p. 2728s.

1324 BO/ZG (2016), p. 1324s.

1325 BO/ZG (2020), p. 962s.

1326 En ce sens : SCHLÄPPI/WYTTENBACH/ULRICH (2015b), 79. Voir à ce sujet le point 9.2.3.1 ci-dessous.

1327 Voir points 3.2.5 et 5.2.3.

## 8.3. Conclusion

Le présent chapitre montre que la situation actuelle relative à la réalisation de l'égalité entre hommes et femmes dans les cantons est encore peu satisfaisante. Plusieurs cantons ne disposent que d'une commission de l'égalité avec des ressources limitées[1328]. D'autres n'ont pris aucune mesure organisationnelle en faveur de l'égalité[1329] et plusieurs services cantonaux de l'égalité ont été récemment supprimés[1330]. Il apparaît ainsi que les divers mécanismes mis en place par la Confédération et le Tribunal fédéral semblent peu efficaces pour motiver les parlementaires cantonaux à mettre en œuvre leur obligation de réaliser l'égalité – notamment en créant des bureaux de l'égalité ou en prenant d'autres mesures concrètes. Ces mécanismes sont en grande majorité de type *tambourin* et visent à informer les autorités cantonales de réaliser cette obligation dans leurs ordres juridiques respectifs. Ils pourraient être complétés par des mesures de surveillance de la part de la Confédération. À notre avis, l'envoi d'un formulaire aux cantons[1331] dans le cadre de la Stratégie Égalité 2030 élaborée par le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes constitue une première étape intéressante en ce sens.

Cette consultation des cantons dans le cadre de l'élaboration de la stratégie pourra en effet mener à l'instauration d'un dialogue plus régulier avec les cantons. Le plan d'action adopté en décembre 2021 contient d'ailleurs un premier résultat de cette consultation[1332]. À notre avis, une telle démarche est intéressante pour encourager l'action des autorités cantonales puisqu'elle les force à dresser un inventaire des mesures existantes. Elle rend ainsi plus aisée l'identification d'éventuelles lacunes. Cette démarche va d'ailleurs dans le sens d'un postulat déposé par la conseillère nationale socialiste YVONNE FERI en 2018[1333]. Dans ce postulat, la députée fédérale demandait au Conseil fédéral d'établir un rapport détaillant les mesures prises par les cantons pour mettre en œuvre leur obligation internationale et constitutionnelle de réaliser l'égalité des sexes et les moyens de contrôle existants en cas de défaut de mise en œuvre[1334]. Dans

1328 Glaris, Schwyz, Soleure, Uri.

1329 Appenzell Rhodes-Intérieures, Schaffhouse, Thurgovie.

1330 Zoug, Obwald, Argovie.

1331 Voir le courrier adressé le 24 juin 2021 par le Conseiller fédéral ALAIN BERSET à ROLAND MAYER, Secrétaire général de la Conférence des gouvernements cantonaux. Ce document est en possession de l'auteure.

1332 CONSEIL FÉDÉRAL (2021), Plan d'action Stratégie Egalité 2030.

1333 Postulat 18.3120 du 8 mars 2018 : Mise en œuvre du principe constitutionnel d'égalité entre femmes et hommes.

1334 Postulat 18.3120 du 8 mars 2018 : Mise en œuvre du principe constitutionnel d'égalité entre femmes et hommes.

sa réponse, le Conseil fédéral avait estimé qu'un tel rapport n'était pas nécessaire puisqu'une violation présumée du droit national ou du droit international public dans un cas concret pouvait être invoquée par la voie du recours[1335]. Le postulat avait alors été rejeté le 5 mars 2020[1336]. Malgré ce rejet, il apparaît que les travaux de la Confédération dans le cadre de la Stratégie Égalité 2030 vont dans le sens de la création d'un état des lieux de la situation dans chaque canton, comme demandé par le postulat. Si ce travail est bien fait, il permettra de créer un lien entre l'administration fédérale et les autorités cantonales et de mettre en avant les bonnes pratiques cantonales dans ce domaine. Une telle démarche permettra également de compléter la surveillance exercée par les autorités judiciaires, qui engendre des ressources et des coûts importants et ne permet pas de contrôler les tendances générales de mise en œuvre[1337].

Évidemment, comme pour les autres obligations issues de la protection internationale des droits humains, il est nécessaire, en parallèle, de mener des actions visant à faire évoluer les mentalités, de manière à créer une volonté politique d'agir dans ce domaine (actions de la société civile, grèves féministes, etc.).

Avec ce chapitre, nous avons terminé l'analyse des six études de cas sélectionnées dans le cadre de la présente thèse. Le chapitre qui suit vise, dans un premier temps, à présenter les différences majeures entre les mécanismes issus des deux groupes d'obligations choisis (accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE et protection internationale des droits humains) et, dans un second temps, à discuter les différentes catégories de mécanismes utilisées tout au long de ce travail (carotte, bâton, tambourin et poya).

1335 BO/CH 2020 N 165.

1336 BO/CH 2020 N 166.

1337 Voir en ce sens : JOLY (2020), 289.

# 9. Les différents types de mécanismes : comparaison, avantages et limites

Les chapitres précédents ont présenté les obligations de légiférer et les mécanismes de leur mise en œuvre pour les six cas d'étude sélectionnés dans le cadre de cette recherche. Le présent chapitre se propose de comparer et de discuter les différents mécanismes observés.

Dans une première section, nous effectuerons une comparaison des mécanismes par domaine du droit (point 9.1). Nous avons en effet sélectionné des obligations issues de deux domaines distincts du droit international dans le but d'identifier une variation de mécanismes internes de mise en œuvre[1338]. Cette section vise à présenter nos résultats. Les mécanismes utilisés sont-ils différents dans les deux groupes d'obligations sélectionnés ? Le cas échéant, quels constats peut-on en tirer et quelles raisons expliquent ces différences ? Telles sont les questions auxquelles nous tâcherons de répondre dans cette première section.

Dans une seconde section, nous discuterons les quatre catégories de mécanismes présentées au chapitre 2 (point 9.2). Nous évaluerons les opportunités offertes par ces différentes catégories en pratique et discuterons leurs limites.

Une troisième section sera consacrée aux autres facteurs et conditions politiques et sociales – la météo selon le tableau présenté au chapitre 2[1339] – qui influencent l'activité des autorités législatives cantonales (point 9.3). En effet, la mise en œuvre interne du droit international intervient toujours dans un contexte préexistant. Notre analyse ne serait donc pas complète sans un examen des diverses conditions (structurelles, politiques ou autres) que nous avons pu observer dans nos études de cas et qui configurent les engagements cantonaux vis-à-vis de leurs obligations internationales.

Enfin, nous conclurons ce chapitre par un rapide bilan retraçant les diverses influences qui entrent en ligne de compte lors de la mise en œuvre du droit international par les autorités législatives des cantons suisses (point 9.4).

---

1338 Voir point 1.2.2.1.

1339 Voir point 2.4.4.

## 9.1. Comparaison des mécanismes par domaine du droit

Cette section vise à comparer, par domaine du droit, les mécanismes utilisés pour encourager la mise en œuvre législative des obligations étudiées. Dans une première sous-section, elle présente les mécanismes qui ont été utilisés dans les trois cas d'étude issus des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE (point 9.1.1). Une seconde sous-section expose les mécanismes employés dans le cas des obligations issues de la protection internationale des droits humains (point 9.1.2). Enfin, une troisième sous-section procède à la comparaison des mécanismes observés dans ces deux domaines (point 9.1.3).

### 9.1.1. Les mécanismes relatifs aux accords bilatéraux CH-UE

Dans les trois cas d'étude issus des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE, des mécanismes d'harmonisation ou d'uniformisation *(poya)* ont systématiquement été utilisés. Dans le domaine de la libre circulation des avocats et des avocates, le mécanisme principal ayant servi à la mise en œuvre de l'obligation est une loi fédérale d'uniformisation (LLCA), laissant certaines compétences résiduelles aux cantons. Ce mécanisme a été complété par des mesures informatives mises en place par la Confédération *(tambourins)* ainsi que par l'adoption, dans plusieurs cantons, d'ordonnances temporaires de mise en œuvre *(bâtons)*. La mise en œuvre de l'obligation de libéraliser le droit des marchés publics, quant à elle, a été réalisée grâce à une uniformisation minimale dans la LMI, à une harmonisation par le biais d'un accord intercantonal (AIMP) et à une harmonisation inter-niveaux. Aucun autre type de mécanisme n'a été observé dans ce domaine. Enfin, dans le domaine de la protection des données, un guide de mise en œuvre a été élaboré sur l'initiative de la Conférence des gouvernements cantonaux dans le but d'harmoniser les législations cantonales. Ce guide, qui vise une harmonisation relativement souple des législations cantonales, était accompagné de mesures informatives *(tambourins)*. Dans un canton, une ordonnance a en outre été adoptée par l'exécutif cantonal dans le but d'accélérer le processus législatif *(bâton)*.

Il apparaît ainsi que – sauf dans le cas des marchés publics – les mécanismes d'harmonisation ou d'uniformisation *(poya)* ont été complétés par d'autres mécanismes (de type *bâton* ou *tambourin*). Ces derniers peuvent être considérés comme accessoires puisqu'ils sont toujours en rapport avec un mécanisme d'uniformisation ou d'harmonisation. Par exemple, les différents mécanismes de type *tambourin* mis en place par l'Office fédéral de la justice dans le domaine de la libre circulation des avocates et des avocats avaient pour

but d'encourager la mise en œuvre de la loi uniformisatrice (LLCA) par les parlements cantonaux. Il en va de même des ordonnances adoptées par divers exécutifs cantonaux dans ce domaine. À notre avis, l'absence de mécanismes accessoires dans le domaine des marchés publics s'explique par le fort degré d'intégration normative[1340] qui a été réalisé par le biais de l'AIMP. En effet, contrairement à la LLCA ou au guide de la CdC sur le droit de la protection des données, l'AIMP ne laisse que peu de marge de manœuvre aux autorités législatives cantonales, qui n'ont guère d'autre choix que de ratifier l'accord *a posteriori*. Nous reviendrons sur les problèmes que ces mécanismes peuvent poser en lien avec le fédéralisme et la séparation des pouvoirs[1341].

Le tableau 1 ci-dessous présente un classement par catégories de tous les mécanismes observés dans les trois études de cas issues des accords bilatéraux. En classant les mécanismes selon les catégories présentées au chapitre 2, ce tableau permet par ailleurs de concrétiser ces dernières grâce à des exemples. Le tableau 2 présente les mêmes mécanismes sous forme de schéma, en distinguant les trois études de cas.

L'objectif de ces deux tableaux est de faciliter la comparaison avec les mécanismes observés dans le domaine de la protection des droits humains. Ainsi, les chiffres indiquant le nombre de mécanismes par catégorie ne visent pas à souligner le rôle prépondérant joué par tel ou tel type de mécanismes[1342]. S'ils sont mentionnés, c'est uniquement dans le but d'établir certaines tendances quant aux types de mécanismes utilisés dans les deux domaines du droit étudiés ici. Cette comparaison fera l'objet du point 9.1.3 ci-dessous. Dans la conclusion, nous reviendrons sur le potentiel de ces différentes catégories de mécanismes pour la mise en œuvre du droit international[1343].

Les observations relatives aux trois études de cas dans le domaine des accords bilatéraux ne sauraient être généralisées sans autre. D'ailleurs, leur mise en œuvre a été différente dans chaque cas. Elles permettent toutefois d'esquisser certaines tendances. Nous y reviendrons au point 9.1.3 ci-dessous.

1340 L'« intégration normative » est un terme générique qui comprend aussi bien les processus d'harmonisation (ou de coopération/coordination) que ceux d'uniformisation (ou de centralisation). En ce sens : MARLÉTAZ (2021). Ces notions seront détaillées au point 9.2.4 ci-dessous.

1341 Voir point 9.2.4.

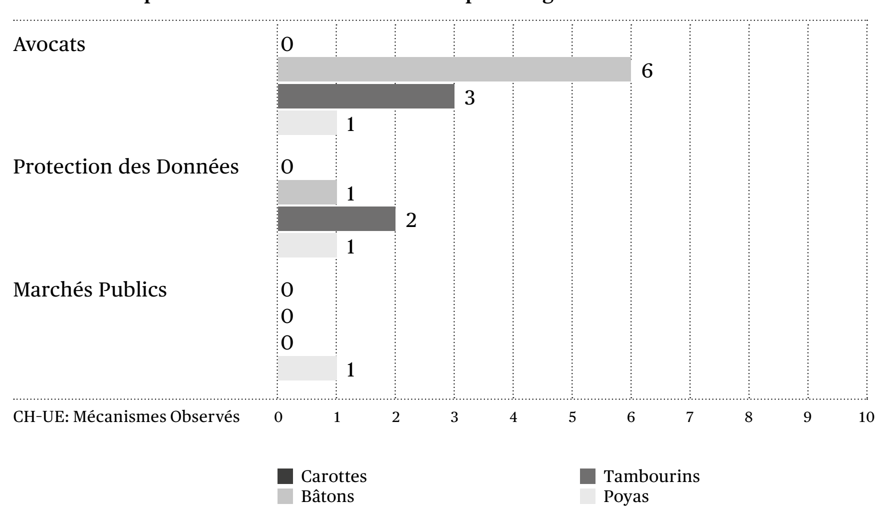
1342 Par exemple, le fait que le tableau 1 recense 7 mécanismes de type *bâton*, 5 de type *tambourin* et 5 de type *poya* ne permet pas d'affirmer que le type *bâton* joue un rôle prépondérant pour la mise en œuvre du droit international.

1343 Voir point 10.1.1.

**Tableau 1 : Les mécanismes de mise en œuvre des accords bilatéraux CH-UE**

| Carotte | Bâton | Tambourin | Poya |
|---|---|---|---|
| | ZH : Ordonnance de l'exécutif cantonal sur la libre circulation des avocats et avocates | Séance d'information de l'OFJ sur la libre circulation des avocats et avocates | LLCA |
| | FR : Ordonnance de l'exécutif cantonal sur la libre circulation des avocats et avocates | Envoi d'informations et d'un questionnaire aux cantons en lien avec la libre circulation des avocats et avocates | Art. 5 et 9 LMI |
| | AG : Ordonnance de l'exécutif cantonal sur la libre circulation des avocats et avocates | Débat relatif à l'introduction d'un délai de mise en œuvre pour la libre circulation des avocats et avocates | Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) |
| | JU : Ordonnance de l'exécutif cantonal sur la libre circulation des avocats et avocates | Communication entre la Confédération et les cantons dans le cadre de l'acquis de Schengen et de Dublin | Harmonisation du droit suisse des marchés publics au sein du groupe de travail AURORA |
| | SH : Ordonnance de l'exécutif cantonal sur la libre circulation des avocats et avocates | Lettre accompagnant le guide la CdC | Guides de la CdC sur le droit de la protection des données |
| | BE : Ordonnance de l'exécutif cantonal sur la libre circulation des avocats et avocates | | |
| | BE : Ordonnance de l'exécutif cantonal sur la protection des données | | |
| 0 | 7 | 5 | 5 |

**Tableau 2 : Répartition des mécanismes CH-UE par catégorie**



### 9.1.2. Les mécanismes relatifs à la protection internationale des droits humains

Les trois études de cas choisies dans le domaine de la protection internationale des droits humains mettent en évidence les différences entre les mécanismes utilisés dans ce domaine et dans celui des accords bilatéraux. En particulier, il est flagrant d'observer que les mécanismes d'harmonisation et d'uniformisation *(poya)* sont très rares dans ce domaine[1344], alors qu'ils sont systématiquement utilisés dans le cas des accords bilatéraux. Par ailleurs, nos études de cas montrent que les mécanismes de type *tambourin* occupent une place prépondérante lorsqu'il s'agit d'encourager la mise en œuvre du droit international des droits humains dans les cantons. Ce constat n'est pas étonnant et a été souvent déploré dans la littérature. Ainsi JUDITH WYTTENBACH regrette en particulier l'absence de structures institutionnalisées dans le domaine des droits humains, contrairement aux structures qui existent, par exemple, pour la mise en œuvre de Schengen et Dublin[1345]. Pour elle, « [s]innvoll wäre jedoch auch im Menschenrechtsbereich einerseits eine feste Koordinationsstelle auf Bundesebene [zu haben], die sich mit den verschiedenen Berichtsverfahren befasst, und anderseits ein ständiges, tripartites Gremium Bund-Kantone-Gemeinden, das sich im Sinne einer Steuerungsgruppe mit der Umsetzung von Abkommen und mit den Empfehlungen auseinandersetzt »[1346]. RACHEL MURRAY et CHRISTIAN DE VOS considèrent quant à eux que la mise en œuvre des droits humains « necessitates the availability of bureaucratic and administrative processes »[1347]. De fait, à côté des mécanismes de type *tambourin*, ceux de type *carotte* sont également présents dans les trois études de cas, mais dans une moindre mesure.

Les tableaux 3 et 4 ci-dessous présentent les différents mécanismes observés pour mettre en œuvre les trois obligations sélectionnées dans ce domaine. Comme pour les tableaux qui précèdent, les chiffres mentionnés ne permettent pas de déduire qu'un type de mécanisme est plus utile ou plus performant qu'un autre, mais ils signalent certaines tendances dans les deux groupes d'obligations analysés.

1344 En l'occurrence, un seul mécanisme de ce type a été observé dans le domaine de la protection des droits humains : il s'agit de la conception « aires de transit » en cours de réalisation par la Confédération. Voir point 6.2.7.

1345 WYTTENBACH (2017), 516.

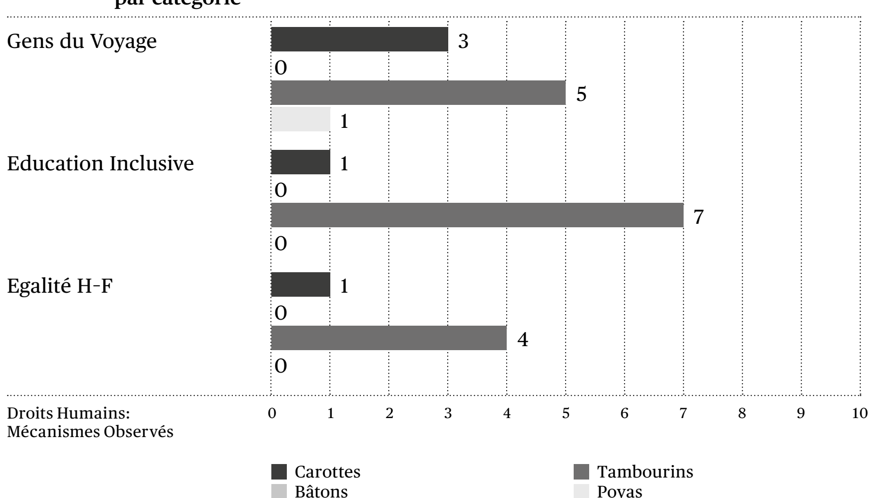
1346 Ibid.

1347 MURRAY/DE VOS (2020), 40.

**Tableau 3 : Mécanismes de mise en œuvre des obligations de protection des droits humains**

| Carotte | Bâton | Tambourin | Poya |
|---|---|---|---|
| BE : Mise à disposition gratuite d'un terrain pour la construction d'une aire de transit | | Prise en compte des besoins des communautés nomades dans la procédure d'approbation des plans directeurs de l'ARE | Élaboration d'une conception fédérale « aires de transit » |
| VD : Octroi d'une subvention pour la construction d'une aire d'accueil | | Plan d'action relatif aux Yéniches, Sintés et Roms de l'OFC | |
| Mention de bonnes pratiques cantonales dans les rapports de la Fondation « Assurer l'avenir des gens du voyage suisses » | | Rapports de la Fondation « Assurer l'avenir des gens du voyage suisses » (2001, 2005, 2010, 2015, 2021) | |
| Mention de bonnes pratiques cantonales sur le site internet du CSDH pour la mise en œuvre de la CDPH | | ATF 129 II 321 + ATF 147 I 103 relatifs aux aires d'accueil pour les Yéniches, Sintés et Roms nomades | |
| Mention de bonnes pratiques cantonales dans le bilan 2014 sur l'égalité entre hommes et femmes | | Pétition pour demander la construction d'une nouvelle aire d'accueil dans le canton de VD | |
| | | Guide de mise en œuvre de la CDPH de l'Université de Bâle | |
| | | Implication d'experts dans les processus législatifs cantonaux de mise en œuvre de la CDPH | |
| | | Étude de la ZHAW sur les nécessités d'action engendrées par la CDPH | |
| | | Utilisation d'outils politiques cantonaux pour promouvoir la mise en œuvre de la CDPH | |
| | | Site internet du CSDH pour la mise en œuvre de la CDPH | |
| | | Plan d'action CDPH des associations | |
| | | Procès stratégiques pour favoriser la mise en œuvre de la CDPH | |
| | | Plan d'action 1999 pour l'égalité hommes-femmes et ses deux bilans | |
| | | Stratégie Égalité 2030 + Plan d'action | |
| | | Lettre du BFEG au canton d'Argovie en lien avec la suppression du bureau cantonal de l'égalité | |
| | | ATF 137 I 305 et arrêt 1C_504/2016 relatifs à l'égalité entre femmes et hommes | |
| 5 | 0 | 16 | 1 |

**Tableau 4 : Répartition des mécanismes de mise en œuvre des droits humains par catégorie**




### 9.1.3. Comparaison des mécanismes dans les deux domaines étudiés

Les considérations qui précèdent permettent de constater une disparité importante entre les mécanismes relatifs aux cas d'étude dans le domaine des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE et ceux qui ont trait aux cas d'étude issus de la protection des droits humains. D'une manière générale, nous avons observé un plus grand degré d'intégration normative dans les cas d'étude issus des accords bilatéraux que dans ceux issus de la protection internationale des droits humains. Ce constat se traduit par l'utilisation systématique de mécanismes de type *poya* dans les trois études de cas issues des accords bilatéraux, alors que ce type de mécanismes n'apparaît qu'une seule fois dans celles consacrées aux droits humains[1348]. Ce premier constat n'est pas étonnant et reflète bien l'opinion, souvent évoquée en doctrine, selon laquelle l'européanisation du droit suisse mène inévitablement à un phénomène de centralisation ou à tout le moins de coordination dans les domaines concernés[1349].

Nos études de cas permettent également de constater que l'existence de mécanismes de type *poya* dans le domaine des accords bilatéraux semble réduire le nombre total de mécanismes nécessaires pour mettre en œuvre les obligations concernées. En particulier, aucun mécanisme de type *carotte* n'a été

1348 Le mécanisme concerné est la conception « aires de transit » qui est en cours de réalisation par la Confédération. Voir point 6.2.7.

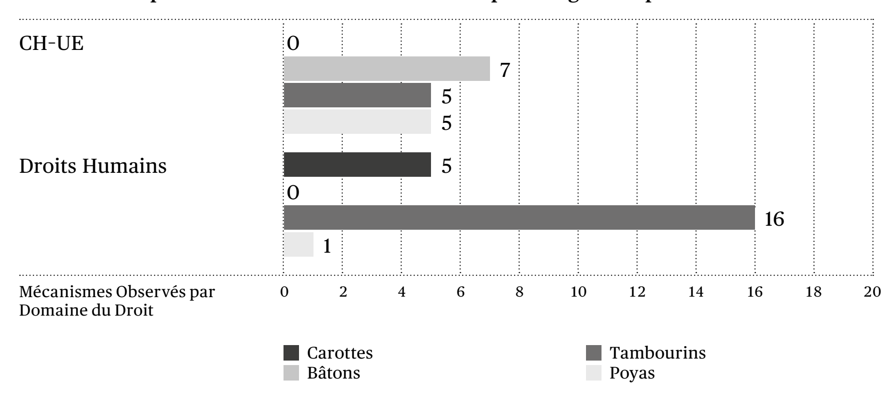
1349 En ce sens, voir notamment: MAYER (2006), 157 ; COTTIER et al. (2014).

identifié dans les cas d'étude relatifs aux accords bilatéraux. À l'inverse, dans les cas d'étude relatifs à la protection internationale des droits humains, les mécanismes les plus utilisés sont ceux de type *carotte* et *tambourin*, qui laissent une marge de manœuvre plus importante aux autorités de mise en œuvre.

Enfin, nos études de cas nous ont également permis de constater l'absence de mécanismes punitifs, de type *bâton*, dans les cas consacrés à la protection des droits humains alors que ces mécanismes ont été utilisés à plusieurs reprises dans les cas relatifs aux accords bilatéraux. Ce constat montre que dans le domaine des droits humains, les autorités exécutives cantonales et la Confédération ne sont pas coercitives ou punitives et n'essaient pas de « forcer la main » des cantons en recourant à des mécanismes de type *bâton*.

Ces divers constats sont illustrés par le tableau 5 ci-dessous, qui offre une vue d'ensemble, par domaine du droit, des mécanismes que nous avons identifiés grâce à nos études de cas.

**Tableau 5 : Répartition des mécanismes observés par catégorie et par domaine du droit**




À la suite de cette comparaison des mécanismes par domaine du droit, qui nous a permis de faire émerger certaines différences notables entre les deux groupes d'obligations étudiés, la prochaine section vise à discuter et à évaluer les quatre catégories de mécanismes définies au chapitre 2.

## 9.2. Discussion et évaluation des différentes catégories de mécanismes

Cette seconde section discute et analyse en détail les quatre catégories de mécanismes que nous avons présentées au début de ce travail. Grâce aux six études de cas exposées aux chapitres 3 à 8, nous sommes désormais en mesure

d'évaluer quels sont les points forts des différentes catégories étudiées, mais aussi d'identifier leurs limites.

Cette section comporte quatre sous-sections qui présentent, dans l'ordre suivant, les catégories de mécanismes étudiées : *carotte*, *bâton*, *tambourin* et *poya*. Chacune de ces sous-sections est ensuite subdivisée à nouveau, de manière à présenter les différents types de mécanismes à l'œuvre au sein de la catégorie concernée.

### 9.2.1. Les mécanismes de type carotte

Nos études de cas nous ont permis d'identifier deux types de mécanismes qui visent à octroyer un avantage aux autorités cantonales de mise en œuvre pour les inciter à agir : il s'agit des subventions offertes aux cantons et de la mise en avant de bonnes pratiques cantonales *(naming and praising)*. Ces deux types de mécanismes sont détaillés ci-dessous.

#### 9.2.1.1. Les subventions

En Suisse, il revient aux cantons de financer la mise en œuvre des obligations qui leur incombe. Lorsque la Confédération souhaite encourager la réalisation d'une tâche cantonale, elle peut toutefois leur octroyer des aides financières[1350]. Dans au moins deux cantons (VD, BE), nous avons observé que l'octroi de subventions avait permis d'encourager la construction de nouvelles aires d'accueil pour les Yéniches, Sintés et Roms nomades[1351]. Étant donné que la population nomade n'est généralement pas bien acceptée par la population sédentaire, la recherche de sites appropriés sur le territoire suisse est souvent compliquée[1352]. La mise à disposition gratuite d'un terrain par la Confédération ou l'octroi de subventions présentent donc l'avantage de faire passer le projet plus facilement auprès de la population concernée[1353]. D'un point de vue psychologique, il est en effet aisé de comprendre qu'un projet initialement perçu comme négatif est plus facile à accepter s'il n'engendre pas, en plus, de frais supplémentaires pour le canton. Ce type de mécanismes paraît donc approprié pour aider les cantons à dépasser certaines réticences de la part de la population. Dans le domaine du développement durable, la doctrine reconnaît aussi l'utilité des subventions pour lever certaines barrières à la mise en œuvre d'une politique durable[1354].

1350 MALINVERNI et al. (2021), 466.

1351 Voir point 6.2.6.

1352 DE GASPARO/RÖTHLISBERGER (2021), 6.

1353 Entretien du 14 octobre 2019 avec ETIENNE ROY, préfet du Nord-vaudois et médiateur cantonal pour les Yéniches, Sintés et Roms nomades.

1354 MENG et al. (2021), 44904 ; AZEVEDO/DELARUE/MEEUS (2013), 899.

Ce type de mécanismes pourrait toutefois aussi être perçu négativement dans la mesure où il vise, d'une certaine manière, à récompenser les « mauvais élèves » n'ayant pris aucune mesure pour mettre en œuvre leurs obligations internationales[1355]. À notre sens, un tel argument ne tient toutefois pas la route dans le contexte de la mise en œuvre du droit international par les cantons suisses. Au contraire, nous sommes d'avis que l'octroi de subventions est un bon moyen de motiver l'action législative cantonale, en particulier lorsque la mise en œuvre d'une obligation échoue notamment pour des questions budgétaires. Par exemple, la mise à disposition gratuite d'un terrain pour la construction d'une aire d'accueil pour les communautés nomades dans le canton de Berne a permis de faire avancer le projet devant le parlement cantonal, alors que d'anciens projets avaient échoué[1356].

#### 9.2.1.2. Le « naming and praising »

D'autres mécanismes de mise en œuvre identifiés dans cette thèse peuvent également être qualifiés de récompenses selon la typologie élaborée par VAN AAKEN et SIMSEK. Il s'agit de la mise en avant de certaines bonnes pratiques cantonales, un phénomène que nous avons pu observer dans les trois cas d'étude issus de la protection internationale des droits humains. VAN AAKEN et SIMSEK qualifient ce type de mécanismes de « reputational rewards »[1357]. À l'inverse du *naming and shaming*, le *naming and praising* se concentre sur la réputation positive pour encourager les acteurs visés à agir[1358]. La reconnaissance de mesures positives par les comités onusiens dans leurs observations

1355 À ce propos, voir par exemple les débats qui s'étaient tenus en 2014 devant le parlement fédéral en lien avec l'octroi de subventions visant à soutenir l'assainissement de sites pollués. Lors des débats, il était apparu que certains députés souhaitaient refuser l'octroi de ces subventions aux communes retardataires ayant toléré indûment des dépôts de déchets après le délai imparti (BO/CN 2014 N 1461).

1356 BO/BE, 13 mars 2019, 394. Ainsi selon le député BERNHARD RIEM « Jetzt liegt dieses Projekt Wileroltigen vor, mit einem bewirtschafteten Platz, der vom Bund zur Verfügung gestellt, vom Kanton erstellt und darin investiert wird und der von den Fahrenden mit Nutzungsgebühren entschädigt wird. Ein konkretes Projekt, ein wesentlich verträglicheres Projekt als die Vorstellungen, die man zuerst für Wileroltigen so hatte, oder noch früher, mit dem völlig überrissenen, ehemaligen Projekt in Meinisberg. [...] Dank des harten Ringens um den Transitplatz, zuerst in Meinisberg, jetzt in Wileroltigen, liegt jetzt ein Projekt vor, welches mit rund 36 Standplätzen verträglich und mit 3,3 Mio. Franken einigermassen bezahlbar ist. » Dans le même sens, voir les propos du député LUC MENTHA : « Der Rückweisungsbeschluss von September 2016 enthielt diverse Auflagen. Wir haben festgestellt, dass alle Auflagen erfüllt sind. Der Kredit ist deutlich tiefer. Es ist ein Standplatz, der nicht mehr als 50 Plätze beinhaltet, sogar einige weniger. Wir haben inzwischen eigentlich faktisch auch eine Kostenbeteiligung des Bundes erzielen können, indem der Bund das Land zur Verfügung stellt und keinen Baurechtszins dafür verlangt et cetera. Also, diese Auflagen sind alle erfüllt. »

1357 VAN AAKEN / SIMSEK (2021), 213.

1358 Ibid, 214.

finales est notamment mentionnée comme exemple par les auteures précitées[1359]. De telles pratiques sont aussi observées au sein de l'ordre juridique suisse pour encourager l'action des autorités législatives cantonales. Par exemple, dans son rapport 2015, la Fondation « Assurer l'avenir des gens du voyage suisses » indique : « on peut saluer le plan directeur du canton d'Argovie qui garantit la halte spontanée [...] par une directive de planification »[1360]. Le site internet réalisé par le Centre suisse de compétence pour les droits humains, quant à lui, met en avant plusieurs exemples de bonnes pratiques cantonales en lien avec la mise en œuvre de la CDPH. Enfin, le bilan 2014 relatif au plan d'action 1999 sur l'égalité entre les femmes et les hommes comprend, pour chaque mesure évaluée, un onglet « bonnes pratiques » qui met en avant les mesures positives prises par certains cantons[1361].

Ces « guides de bonnes pratiques » permettent aux cantons de profiter de la diversité offerte par le fédéralisme en s'inspirant des expériences et des solutions d'autres cantons[1362]. En rendant visibles des initiatives cantonales innovantes, ils augmentent les chances qu'elles soient imitées[1363]. Dans le but de généraliser ces échanges de bonnes pratiques, EVA MARIA BELSER et SANDRA EGLI proposent de réaliser un classement régulier des cantons sur la base de leur politique en matière de droits humains[1364]. La mise en place d'un tel mécanisme constituerait selon nous un bon moyen d'encourager les cantons à agir, grâce à l'incitation positive.

### 9.2.2. Les mécanismes de type bâton

Nos études de cas ne nous ont permis d'observer qu'un seul type de mécanismes punitifs. Il s'agit de l'adoption d'ordonnances de substitution par l'exécutif cantonal. En adoptant de telle ordonnances (temporaires) en lieu et place de l'autorité législative, le pouvoir exécutif cantonal peut exercer une certaine pression sur cette dernière[1365]. Un tel mécanisme s'inscrit dans le type *bâton* dans la mesure où il prive les autorités législatives cantonales de leur

1359 Ibid, 215.

1360 EIGENMANN/GAUDENZ (2016), 28.

1361 DERUNGS et al. (2014), Egalité entre femmes et homme – Plan d'action de la Suisse – Bilan 1999-2014.

1362 SCHMID ET AL. (2020), 2.

1363 BELSER/EGLI (2022).

1364 Ibid.

1365 Voir en ce sens : SCHMID (2016), 15. Cette auteure indique à cet égard que « In gewissen Fällen ist ausserdem denkbar, dass die kantonale Exekutive eine zeitlich befristete Ersatzvornahme ergreift, um einen völkerrechtlichen Gesetzgebungsauftrag zumindest temporär zu erfüllen, bis die Legislative die geforderte Funktion ausübt. »

compétence principale, qui est celle de légiférer. Évidemment, un mécanisme de ce type fonctionne uniquement si les autorités législatives cantonales sont sensibles à la sanction infligée. Comme nous l'avons vu, tel n'est toutefois pas toujours le cas[1366].

Dans le cadre de la présente thèse, nous avons observé huit exemples d'ordonnances de substitution adoptées par l'exécutif cantonal : six dans le domaine de la libre circulation des avocates et des avocats, une relative à la mise en œuvre de l'acquis de Schengen sur la protection des données et une dans le domaine de l'égalité entre les femmes et les hommes.

Dans les sept premiers cas, les ordonnances étaient limitées dans le temps, conformément aux exigences mentionnées ci-dessus. Cela a permis d'exercer une certaine pression sur les autorités législatives cantonales concernées en leur fixant un ultimatum. Pour éviter de créer un vide juridique incompatible avec le droit international, elles étaient obligées d'adopter une loi avant que l'ordonnance n'arrive à échéance. Dans le domaine de la libre circulation des avocats et des avocates, le mécanisme a bien fonctionné puisque tous les cantons concernés ont adopté une loi dans le délai mentionné par l'ordonnance. L'ordonnance de l'exécutif du canton de Berne relative au nouveau droit de la protection des données n'a pas encore été remplacée par une loi ; la validité de l'ordonnance est limitée au 31 août 2023.

À l'inverse des exemples mentionnés ci-dessus, l'ordonnance adoptée par l'exécutif zougois pour mettre en œuvre l'obligation de promouvoir l'égalité entre femmes et hommes n'est pas limitée dans le temps – contrairement à ce que le Tribunal fédéral laisse entendre[1367]. Malgré plusieurs tentatives initiées par des associations et des individus, le parlement zougois a refusé à de nombreuses reprises – la dernière fois le 2 juillet 2020[1368] – de légiférer dans ce domaine. Ces développements laissent penser que l'ordonnance du gouvernement ne sera pas remplacée par une loi dans un futur proche. Une situation comme celle-ci souligne l'importance du caractère temporaire de ce type d'ordonnances. Si tel n'est pas le cas, elles risquent de se pérenniser, comme dans l'exemple ci-dessus, et d'entraîner une violation du principe de la séparation des pouvoirs[1369]. En outre, même si le parlement décide finalement de

1366 Voir point 8.2.5.

1367 TRIBUNAL FÉDÉRAL (2017), Arrêt 1C_504/2016, c. 3.4.3. « Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass die Gleichstellungsverordnung zumindest eine zulässige Übergangslösung darstellt, um den seit 2010 bestehenden verfassungs- und völkerrechtswidrigen Zustand zu beseitigen. »

1368 BO/ZG (2020), p. 968.

1369 Certaines questions doivent figurer dans une loi au sens formel, notamment lorsqu'elles revêtent une grande importance politique. En ce sens, voir : TRIBUNAL FÉDÉRAL (2017), Arrêt 1C_504/2016, c. 3.1. Voir également à ce sujet : PÄRLI (2016), 427.

remplacer l'ordonnance par une loi adoptée démocratiquement, il risque d'être confronté à des faits accomplis difficilement réversibles.

Il ressort des paragraphes qui précèdent que le mécanisme punitif des ordonnances de substitution par l'exécutif cantonal est une bonne mesure lorsqu'il est limité dans le temps[1370] et qu'il existe une certaine volonté politique de légiférer dans le domaine concerné. En revanche, lorsqu'une telle volonté politique est faible – comme dans l'affaire zougoise – l'adoption d'une ordonnance par l'exécutif cantonal ne conduit pas au respect de l'obligation de légiférer dans le domaine concerné. Comme évoqué au chapitre précédent, face au refus du parlement zougois de légiférer sur cette question, d'autres mécanismes doivent être envisagés. En particulier, la Confédération pourrait utiliser les moyens issus de la surveillance fédérale[1371]. Ces moyens sont présentés dans la section suivante.

### 9.2.3. Les mécanismes de type tambourin

Nos différentes études de cas nous ont permis d'identifier plusieurs mécanismes de type *tambourin*, qui visent à modifier le comportement des parlementaires cantonaux en « faisant du bruit ». Il s'agit de la surveillance fédérale (point 9.2.3.1), de l'incitation par les juges (point 9.2.3.2), des recommandad tions formulées par la société civile (point 9.2.3.3), des expertises juridiques (point 9.2.3.4) et des outils politiques cantonaux (point 9.2.3.5). Ces différents mécanismes sont présentés dans les sous-sections qui suivent.

#### 9.2.3.1. La surveillance fédérale

Selon l'art. 49 al. 2 de la Constitution fédérale, « [l]a Confédération veille à ce que les cantons respectent le droit fédéral ». Comme le droit international fait partie du droit fédéral en vertu de la tradition moniste de la Suisse, la surveillance fédérale s'applique également au droit international[1372]. Le Conseil fédéral est principalement responsable d'effectuer cette surveillance (art. 186 al. 4 Cst.), mais il peut déléguer des tâches individuelles à l'administration fédérale (départements, offices, groupes de travail)[1373]. De manière exceptionnelle, l'Assemblée fédérale (art. 172 Cst ; art. 173 al. 1 let. e Cst.) ou le Tribunal fédéral exercent certaines tâches particulières de surveillance[1374]. Par

1370 Le fait qu'une ordonnance soit limitée dans le temps permet en effet au parlement de préserver ses droits. Voir en ce sens : PÄRLI (2016), 428.

1371 En ce sens : SCHLÄPPI/WYTTENBACH/ULRICH (2015b), 79.

1372 TSCHANNEN (2016), 365 ; WYTTENBACH (2017), 499.

1373 WALDMANN (2015), BSK BV Art. 49 N 37.

1374 Ibid. ; BIAGGINI (2017), Art. 49 N 21 ; MALINVERNI et al. (2021), 387 ; TSCHANNEN (2016), 367 ; WYTTENBACH (2017), 500s.

exemple, lorsque le Tribunal fédéral rend une décision judiciaire sur un recours formé par une autorité fédérale contre une décision cantonale, il s'agit de surveillance fédérale au sens large[1375]. Tel n'est toutefois pas le cas d'un recours formé par un particulier[1376].

Si la surveillance fédérale est obligatoire pour la Confédération, la manière dont elle doit être exercée n'est définie ni par la Constitution, ni par le droit fédéral[1377]. Pour le Conseil fédéral, il s'agit de « l'activité non juridictionnelle par laquelle la Confédération s'assure que les cantons accomplissent les devoirs que le droit fédéral leur impose »[1378]. Puisqu'elle n'est pas clairement définie, elle peut prendre de nombreuses formes en pratique. Il n'y a pas de *« numerus clausus »* des moyens de surveillance[1379]. La doctrine mentionne notamment les circulaires, les instructions générales, les aides techniques d'application, les inspections, les rappels, les avertissements, l'obligation de fournir un rapport périodique dans un domaine donné ou l'approbation fédérale d'actes normatifs cantonaux[1380]. Cette liste montre bien la diversité des mesures envisagées et remet en question le terme de « surveillance », qui englobe en réalité aussi des mesures moins coercitives comme la simple transmission d'informations ou la coopération inter-niveaux. Ainsi, la notion de surveillance telle qu'elle est comprise dans la présente thèse ne fait pas uniquement référence au contrôle exercé par la Confédération sur les cantons. Elle est comprise d'une manière plus large, comme un travail d'information, de suivi, de supervision et d'orientation des pratiques cantonales. *A contrario*, REBECCA JOLY estime que « la surveillance n'est efficace que si elle est assortie d'un système de sanctions effectif »[1381]. Ainsi, selon cette auteure « la surveillance et la sanction sont les bâtons nécessaires au bon fonctionnement du système »[1382]. Comme nous l'avons vu au début de ce travail, pour nous, les mécanismes de type *bâton* se fondent sur la peur d'une sanction[1383]. Ils menacent de punir les protagonistes visés s'ils n'agissent pas d'une certaine

1375 MARTENET (2021), N 61 ad art. 49 Cst.

1376 Ibid.

1377 WALDMANN (2015), BSK BV Art. 49 N 32 ; BIAGGINI (2017), Art. 49 N 24 ; WYTTENBACH (2017), 501s.

1378 CONSEIL FÉDÉRAL (1998), Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 10 novembre 1998, JAAC 2000 nº 24 p. 307, 312.

1379 BIAGGINI (2017), Art. 49 N 24.

1380 MALINVERNI et al. (2021), 424 ; WALDMANN (2015), BSK BV Art. 49 N 42 ; TSCHANNEN (2016), 368ss ; BIAGGINI (2017), Art. 49 N 25 ; WYTTENBACH (2017), 502s.

1381 JOLY (2020), 328 et 348.

1382 Ibid.

1383 Voir point 2.4.2.2.

manière. Selon nous, tel n'est toutefois pas le cas de la surveillance envisagée par l'art. 49 al. 2 Cst. qui englobe au contraire un large éventail de mesures non coercitives. Ces mesures comprennent notamment des guides, des plans d'action, des recommandations ou la mise en place d'un dialogue inter-niveaux. Quelle que soit la forme qu'elle prenne, la surveillance fédérale doit être dans l'intérêt public, respecter le principe de proportionnalité et les règles de la bonne foi[1384]. La Confédération doit ainsi tenter de négocier avec les cantons avant de prendre d'autres mesures, plus intrusives[1385]. Cette compréhension de la notion de surveillance correspond d'ailleurs à la vision qu'au moins deux actrices de l'administration fédérale se font du rôle de la Confédération vis-à-vis des cantons. Ainsi, selon l'ambassadrice VALÉRIE BERSET BIRCHER, ce n'est pas en forçant les cantons à agir que l'on obtient des résultats[1386]. Au contraire, selon elle, un esprit de dialogue et de sensibilisation est préférable. Dans le même sens, l'ancienne directrice du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, PATRICIA SCHULZ, estime que la Confédération doit faire preuve d'une grande considération lorsqu'elle s'adresse aux cantons en raison des caractéristiques du fédéralisme suisse[1387].

Dans les chapitres 3 à 8, nous avons identifié plusieurs mesures de surveillance fédérale, aussi bien dans le domaine des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE que dans celui des obligations internationales de protection des droits humains. Ces mesures vont d'une simple séance d'information au contrôle de plans directeurs cantonaux en passant par l'envoi de questionnaires ou la rédaction d'un plan d'action. Il s'agit principalement de mesures de surveillance modérées, qui n'empiètent que de manière très limitée et circonscrite sur les compétences des cantons. Par exemple, la séance d'information organisée par l'Office fédéral de la justice (OFJ) et les divers documents envoyés aux cantons en lien avec la mise en œuvre des normes sur la libre circulation des avocats et des avocates ont guidé les autorités cantonales dans leurs travaux, sans leur donner d'ordre ou leur imposer de délai. La Confédération a ainsi informé les personnes en charge de la rédaction des projets de lois cantonales

1384 SCHMID (2016), 16 ; WALDMANN (2015), BSK BV Art. 49 N 44 ; MARTENET (2021), N 66 ad art. 49 Cst.

1385 MARTENET (2021), N 66 ad art. 49 Cst.

1386 Propos tenus par Mme l'ambassadrice VALÉRIE BERSET BIRCHER lors du webinaire organisé le 4 juin 2020 par l'Université de Lausanne, intitulé « La mise en œuvre des obligations en matière de droits économiques, sociaux et culturels dans les législations cantonales : Défis et bonnes pratiques ».

1387 Propos tenus par Mme PATRICIA SCHULZ lors du webinaire organisé le 4 juin 2020 par l'Université de Lausanne, intitulé « La mise en œuvre des obligations en matière de droits économiques, sociaux et culturels dans les législations cantonales : Défis et bonnes pratiques ».

de leurs obligations internationales, sans se montrer trop intrusive ou paternaliste. Deux ans après leur avoir fourni ces informations, l'OFJ a envoyé aux cantons un questionnaire visant à établir « une présentation des législations cantonales »[1388]. Une fois cette présentation établie, l'OFJ l'a alors simplement transmise aux cantons « pour information », sans mettre la pression sur les cantons n'ayant pas encore légiféré[1389]. Comme nous l'avons vu au chapitre 3, tous les cantons avaient finalement adapté leur législation à la LLCA (et donc à l'acquis de l'UE) en 2006, soit quatre ans après l'entrée en vigueur de l'ALCP. À notre avis, la surveillance constante et bienveillante exercée par la Confédération a joué un rôle important dans ce processus de mise en œuvre. Elle a notamment permis aux autorités cantonales de s'informer quant aux points à observer lors de l'élaboration de leurs lois respectives et de dialoguer avec l'administration fédérale, sans toutefois faire l'objet de pressions ou de contraintes explicites.

Si on les compare à d'autres mesures de surveillance « douces », le point fort des mesures prises par la Confédération en lien avec la mise en œuvre de l'acquis de l'UE sur la libre circulation des avocats et des avocates est d'avoir véritablement créé un dialogue avec les autorités cantonales, en commençant par les inviter à une séance d'information. Dans le domaine de l'égalité entre les femmes et les hommes par exemple, la Confédération a également exercé une surveillance « douce », en élaborant, en 1999, un plan d'action[1390], actualisé à deux reprises, en 2002 et en 2014. Comme les mesures prises pour encourager la mise en œuvre de l'acquis de l'UE sur la libre circulation des avocats et des avocates, ces documents informent les autorités cantonales, leur donnent des exemples et les encouragent à agir[1391]. La différence avec les documents relatifs à la libre circulation des avocats et des avocates est que les autorités cantonales ont uniquement été informées de l'existence de l'obligation de réaliser l'égalité entre les femmes et les hommes, mais elles n'ont pas été questionnées au sujet de sa mise en œuvre dans leurs ordres juridiques respectifs. Elles n'ont d'ailleurs pas non plus été impliquées dans le processus relatif à

1388 Lettre de l'Office fédéral de la Justice du 4 septembre 2002 adressée aux chancelleries cantonales. Ce document est en possession de l'auteure.

1389 Lettre de l'Office fédéral de la Justice du 12 décembre 2002 adressée aux chancelleries cantonales, accompagnée d'une liste des actes législatifs cantonaux et des autorités de surveillance des avocats. Ce document est en possession de l'auteure.

1390 BUREAU FÉDÉRAL DE L'ÉGALITÉ ENTRE FEMMES ET HOMMES (1999), Plan d'action de la Suisse, 1ss.

1391 En lien avec chaque thématique abordée, le plan d'action et le bilan donnent une liste de mesures à prendre et indiquent à qui ces mesures s'adressent (cantons, Confédération, communes, conférences intercantonales, etc.).

l'élaboration du plan d'action de 1999[1392]. Nous n'excluons évidemment pas que d'autres éléments – notamment certaines réticences politiques cantonales – puissent expliquer la mise en œuvre incomplète ou sporadique de l'obligation de réaliser l'égalité entre les femmes et les hommes dans les législations cantonales. Nous sommes toutefois d'avis que l'établissement d'un dialogue plus poussé entre les autorités cantonales de mise en œuvre et la Confédération permettrait d'améliorer la situation. Il semble d'ailleurs que les choses évoluent dans ce sens puisque la Stratégie Égalité 2030 adoptée en avril 2021 par le Conseil fédéral vise notamment à intensifier le dialogue entre la Confédération et les cantons dans ce domaine[1393]. En ce sens, les cantons ont été invités, par l'intermédiaire de la CdC, à communiquer au BFEG les mesures qu'ils envisagent de prendre dans les quatre champs d'action présentés dans la Stratégie[1394].

Comme évoqué au début de cette section, les mécanismes qui instaurent une coopération entre la Confédération et les cantons peuvent également être qualifiés de mesures de « surveillance » au sens où nous comprenons cette notion dans la présente thèse. Nos études de cas nous ont permis d'identifier deux mécanismes de ce type. Il s'agit de la collaboration entre la Confédération et les cantons en lien avec l'acquis de Schengen et Dublin et du groupe de travail mixte sur le mode de vie des Yéniches, Sintés et Roms nomades. Ces mécanismes de collaboration inter-niveaux permettent de diffuser des informations de manière uniforme au sein de l'administration fédérale et des cantons et de coordonner les actions des différentes autorités législatives chargées de la mise en œuvre du droit international[1395]. Ils visent dès lors à instaurer un dialogue entre la Confédération et les cantons. L'avantage de ces mesures est de mettre la Confédération et les cantons sur un pied d'égalité. Cet aspect égalitaire revêt une grande importance pour le bon fonctionnement de la collaboration inter-niveaux[1396]. Les mesures décidées en commun permettent de convaincre les cantons de collaborer volontairement, ce qui est essentiel pour que les parties se fassent confiance.

La surveillance fédérale peut être exercée de manière volontaire, comme dans les exemples mentionnés ci-dessus, mais il arrive aussi qu'elle soit directement prévue par la loi. Tel est par exemple le cas de l'art. 11 al. 1 LAT, qui

1392 Entretien téléphonique avec PATRICIA SCHULZ, ancienne directrice du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG), en date du 26 juillet 2021.

1393 CONSEIL FÉDÉRAL (2021), Stratégie Egalité 2030.

1394 Entretien téléphonique avec THOMAS THENTZ, juriste au Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG), en date du 22 juillet 2021.

1395 Voir au sujet de la collaboration inter-niveaux en général : MARTENET (2016), 271.

1396 Voir en ce sens : JOLY (2018), 36 ; PFISTERER (1995), 265.

prévoit l'approbation des plans directeurs cantonaux par le Conseil fédéral. Conformément à cette disposition, l'Office fédéral du développement territorial (ARE) approuve les plans directeurs cantonaux s'ils sont conformes aux exigences de la LAT et du reste du droit fédéral, y compris le droit international[1397]. Dans ce cadre, l'ARE examine depuis plusieurs années si les cantons inscrivent dans leur plan directeur l'obligation internationale qui leur incombe de tenir compte des besoins des Yéniches, Sintés et Roms nomades[1398]. Si tel n'est pas le cas, il peut inviter le canton concerné à ajouter cette mention dans son plan. Malgré cette surveillance, le nombre d'aires d'accueil sur le territoire des cantons suisses est toutefois encore largement insuffisant[1399]. Comme pour la mise en œuvre cantonale de l'égalité entre les femmes et les hommes, des raisons politiques peuvent expliquer que l'obligation internationale de créer suffisamment d'aires d'accueil pour les Yéniches, Sintés et Roms nomades peine à être réalisée. En particulier, on sait que la stigmatisation et le rejet de ces communautés par une partie de la population génèrent des réticences cantonales et communales à la création de nouvelles aires[1400]. Face à ce constat, nous sommes d'avis que, là encore, une meilleure communication entre la Confédération et les cantons pourrait améliorer la situation. En parallèle, il est aussi nécessaire de sensibiliser la population, notamment grâce au travail de la société civile[1401], afin de faire évoluer les mentalités.

Il ressort de ce qui précède que la surveillance fédérale est un mécanisme interne de mise en œuvre qui peut favoriser l'action des autorités législatives cantonales, en particulier lorsqu'elle est exercée de manière constante et suivie, tout en étant non intrusive. Il s'agit d'un mécanisme bien adapté au système fédéraliste suisse puisqu'il permet de respecter les compétences cantonales. À notre avis, l'approche de la Confédération en lien avec la mise en œuvre du droit sur la libre circulation des avocats et des avocates va dans le bon sens. Sans imposer de mesures précises aux autorités législatives cantonales et sans leur fixer d'ultimatum, elle permet de les informer au sujet de leur obligation internationale, de leur signaler que d'autres cantons ont déjà agi et de leur donner les références des lois adoptées par ces derniers, leur permettant ainsi de s'en inspirer. En outre, elle met en place un dialogue avec les cantons et permet ainsi de suivre l'évolution de leurs travaux législatifs sans « paternalisme ». Comme nous l'avons vu, les mesures de surveillance ne sont toutefois

1397 HÄNNI (2016), 142 ; ZEN-RUFFINEN/GUY-ECABERT (2001), 120.

1398 Voir point 6.2.1.

1399 DE GASPARO/RÖTHLISBERGER (2021), 38.

1400 Ibid, 37.

1401 À ce sujet, voir point 9.2.3.3 ci-dessous.

pas toujours suffisantes pour assurer la mise en œuvre de certaines obligations internationales, notamment dans certains domaines politiquement sensibles[1402]. Comme le relève JUDITH WYTTENBACH, une partie de la doctrine estime qu'il serait dès lors nécessaire de renforcer les moyens de surveillance de la Confédération[1403]. Une manière d'y parvenir consisterait à compléter les art. 54 et 173 al. 1 let. e Cst. de manière à créer une compétence subsidiaire de la Confédération dans le domaine des traités internationaux[1404]. L'auteure relève toutefois que la création d'une telle compétence se révélerait compliquée en pratique : en particulier, il serait délicat de déterminer à partir de quand une action de la Confédération serait appropriée et jusqu'où elle pourrait aller sur le plan matériel[1405]. Comme elle, nous arrivons à la conclusion que dans le système fédéraliste suisse, il est préférable de motiver les cantons à agir, plutôt que d'agir à leur place[1406].

#### 9.2.3.2. L'incitation par le juge

L'administration fédérale n'est pas la seule qui cherche à inciter les autorités législatives cantonales à mettre en œuvre leurs obligations internationales. Dans certaines décisions, le juge demande aussi à l'autorité législative d'adopter des règles. Il s'agit des décisions incitatives (« Appellentscheide »). Un exemple connu et largement commenté de décision incitative est l'ATF 137 I 305, que nous avons analysé au chapitre 8. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a demandé à l'autorité législative cantonale zougoise de légiférer en faveur de l'égalité entre les femmes et les hommes, tout en la laissant libre de choisir les mesures appropriées. Comme nous l'avons vu, après plusieurs rebondissements, l'autorité législative cantonale zougoise n'a toutefois pas adopté de loi sur l'égalité entre les femmes et les hommes à ce jour et aucun bureau de l'égalité n'existe dans ce canton[1407]. En revanche, l'ATF 137 I 305 a acquis une véritable renommée, non seulement dans le milieu académique, mais aussi auprès des parlementaires d'autres cantons, qui l'utilisent parfois comme argument lors de débats parlementaires[1408]. Le Tribunal fédéral a aussi rendu plusieurs jugements visant à inciter les autorités législatives cantonales à créer de nouvelles aires d'accueil pour les Yéniches, Sintés et Roms nomades. Après avoir

1402 Voir également en ce sens : SCHMID (2016), 16 ; MARLÉTAZ (2021), 366.

1403 WYTTENBACH (2017), 507.

1404 Ibid, 508.

1405 Ibid.

1406 Ibid, 509.

1407 Voir point 8.2.4.

1408 Voir par exemple : BO/AG, 20 mars 2018, 1643 et BO/BL, 12 novembre 2015, 253.

commencé par simplement reconnaître que les besoins de ces populations devaient être satisfaits dans le cadre de l'aménagement du territoire[1409], il est récemment arrivé à la conclusion que l'autorité législative cantonale avait l'obligation de protéger les Yéniches, Sintés et Roms nomades suisses en tant que minorité nationale dans sa législation et de mettre des aires d'accueil à leur disposition[1410]. Compte tenu des fortes réticences politiques qui existent dans ce domaine, ces décisions ne sont toutefois pas suffisantes pour modifier le comportement des autorités législatives cantonales. En revanche, comme la décision relative à l'égalité entre les femmes et les hommes, ces décisions sont régulièrement utilisées comme argument en faveur de la création de nouvelles aires[1411].

Par l'intermédiaire des décisions incitatives, le juge donne une impulsion législative alors que son rôle se situe en principe dans le prolongement du processus législatif[1412]. Cette question s'inscrit dans une réflexion plus large sur les conséquences de l'inaction des pouvoirs politiques et de l'administration malgré l'existence d'une obligation d'agir émanant du droit international ou constitutionnel[1413]. Une fois que le juge est saisi en lien avec une omission d'agir, il convient alors de déterminer quel est son pouvoir discrétionnaire[1414]. Pour reprendre les termes de VINCENT MARTENET, la question qui se pose est celle de savoir si le juge doit se limiter à « constater l'inaction ‹ coupable › du parlement, du gouvernement ou de l'administration ou [s'il dispose] d'un arsenal plus étoffé, [lui] permettant par exemple de fixer un délai au pouvoir concerné, d'annuler ou d'interdire d'appliquer des normes contraires à un mandat constitutionnel ou encore de fixer temporairement, voire durablement les règles applicables ? »[1415]. Cette question fait évidemment référence au principe de la séparation des pouvoirs, selon lequel il convient de distinguer trois grandes fonctions étatiques : la fonction législative, la fonction exécutive et la fonction juridictionnelle[1416]. La question qu'il convient de trancher est de savoir dans quelle mesure le juge peut s'immiscer dans le travail des autorités législatives cantonales sans violer ce principe. Selon le Tribunal fédéral, le pouvoir judiciaire peut se prononcer sur l'inaction de l'autorité législative

1409 TRIBUNAL FÉDÉRAL (2003), ATF 129 II 321, c. 3.3.
1410 TRIBUNAL FÉDÉRAL (2020), ATF 147 I 103, c. 11.4.
1411 Tel est particulièrement le cas de l'ATF 129 II 321, qui est cité dans un grand nombre de plans directeurs cantonaux.
1412 MARTENET (2016), 166.
1413 Ibid.
1414 Ibid, 167.
1415 Ibid.
1416 MARTENET (2020), 1001.

cantonale uniquement si « le droit fédéral ou international, en termes exprès ou dûment interprété, assigne (potentiellement) un mandat clair et déterminé à l'autorité législative cantonale »[1417]. Le respect du principe de la séparation des pouvoirs implique donc, selon notre plus haute instance, l'existence d'un mandat législatif clair et déterminé pour que le juge puisse constater une omission législative. À notre avis, un manquement à une obligation de légiférer devrait aussi pouvoir être constaté lorsque l'obligation en question impose clairement un devoir d'agir, sans que ce devoir soit nécessairement clair et précis. Comme nous l'avons expliqué plus haut, nous sommes en effet d'avis que la justiciabilité d'une norme (soit la possibilité pour le tribunal de l'examiner) ne devrait pas dépendre de son caractère directement applicable[1418].

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, même en présence d'une obligation de légiférer, le pouvoir du juge s'arrête à constater l'omission et à encourager l'action de l'autorité législative cantonale. Le juge ne peut en revanche pas se prononcer sur l'opportunité ou l'adéquation des mesures prises par l'autorité législative[1419]. À défaut de pouvoir sanctionner l'inaction des autorités législatives cantonales en se fondant sur une obligation internationale de légiférer, le pouvoir du juge est uniquement incitatif. En ce sens, un mécanisme de ce type ne peut qu'être qualifié de *tambourin*. La situation serait différente si le juge avait le pouvoir de rendre une décision obligeant l'autorité législative cantonale à agir. Tel n'est toutefois pas le cas selon la jurisprudence actuelle du TF.

Lorsque le Tribunal fédéral rend une décision incitative, l'État fédéral reste donc tributaire de la coopération et de l'implication des cantons[1420]. Il apparaît ainsi qu'en Suisse, le Tribunal fédéral est plutôt frileux lorsqu'il s'agit de « donner un coup de pouce » à l'autorité législative cantonale[1421]. Cela est dû en partie à la conception qu'a le Tribunal fédéral du principe de la séparation des pouvoirs, mais aussi aux possibilités limitées des tribunaux de mettre la pression sur l'autorité législative, en particulier lorsque la situation juridique est complexe et requiert des ressources importantes[1422]. La pertinence du mécanisme de l'incitation judiciaire est aussi limitée en raison de son mode de déclenchement : il dépend de l'introduction d'un recours par un particulier. Or, les obligations internationales de légiférer qui s'adressent à l'autorité

1417 ATF 137 I 305, traduit au JdT 2012 I p. 47, c. 2.5.

1418 Voir à ce propos le point 2.2.2.

1419 WYTTENBACH (2017), 336.

1420 Ibid.

1421 Voir en ce sens : KNEUBÜHLER (2014), 418.

1422 Ibid.

législative cantonale sont nombreuses[1423]. Il est difficilement concevable qu'un recours soit intenté à chaque fois qu'une autorité législative cantonale ne met pas en œuvre une telle obligation. Il faut donc plutôt miser sur les répercussions que ces décisions incitatives peuvent avoir sur les autorités législatives et les administrations d'autres cantons.

VINCENT MARTENET s'interroge sur l'opportunité de laisser un pouvoir discrétionnaire aussi large aux juges. Selon lui, la Constitution ou une loi fédérale pourrait encadrer et en même temps légitimer le pouvoir des juges[1424]. Il donne l'exemple du Brésil, où une procédure permet à la Cour suprême fédérale de fixer un délai dans lequel une loi doit être adoptée et une autre procédure lui permet d'édicter elle-même des règles temporaires[1425]. Une procédure similaire existe en Belgique, où les juges ont le pouvoir de combler un vide législatif, obligeant ainsi le parlement à réagir s'il n'est pas d'accord avec la solution du tribunal[1426]. En Afrique du Sud, la Cour constitutionnelle a aussi reconnu la possibilité, en présence d'une norme programmatoire, de condamner le législateur à adopter une loi de mise en œuvre[1427]. En Suisse, un cadre serait utile pour clarifier le rôle du pouvoir judiciaire en cas d'inaction de l'autorité législative cantonale. Dans le système actuellement en place, les juges peuvent uniquement inciter les autorités législatives cantonales à agir lorsque le droit international impose des devoirs suffisamment précis[1428]. Cependant, même lorsque les juges invitent l'autorité législative cantonale à agir, nous avons vu que cette dernière ne prenait pas automatiquement les mesures requises[1429]. La reconnaissance légale du contrôle judiciaire en lien avec la mise en œuvre d'obligations législatives augmenterait la pression sur les parlements cantonaux et renforcerait ainsi ce mécanisme. Comme le suggèrent certains auteurs, cette reconnaissance pourrait par exemple prévoir que lorsqu'une

1423 Voir en ce sens : SCHMID (2016), 18.

1424 MARTENET (2016), 167.

1425 Ibid.

1426 VERSTRAELEN (2018), 75.

1427 MARLÉTAZ (2021), 300.

1428 En ce sens, le Tribunal fédéral a récemment rappelé que « Ein gerichtliches Eingreifen kann sich daher nur rechtfertigen, wenn eine völker- oder verfassungsrechtliche Handlungspflicht des kantonalen Gesetzgebers inhaltlich und zeitlich zureichend bestimmt und messbar erscheint. Ist das der Fall, kann deren Einhaltung im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle geltend gemacht werden. Das trifft nicht nur zu, wenn der kantonale Gesetzgeber überhaupt nicht zeitgerecht handelt […], sondern gilt ebenfalls, wenn er zwar tätig wird, aber strittig ist, ob er sich inhaltlich an ausreichend konkretisierte Vorgaben des höherrangigen Rechts hält. » (TRIBUNAL FÉDÉRAL (2021), ATF 147 I 308, c. 5.3.)

1429 Comme dans l'ATF 137 I 395 (voir point 8.2.4).

norme de mise en œuvre se dégage de la pratique de plusieurs cantons, le Tribunal fédéral ait le pouvoir de déclarer qu'il s'agit du socle minimal duquel les autres cantons ne peuvent pas se distancier[1430].

Au vu des considérations exposées ci-dessus, nous sommes d'avis que les décisions incitatives ont un rôle important à jouer en lien avec la mise en œuvre cantonale du droit international en Suisse. Même si le pouvoir des juges est limité lorsqu'ils rendent de telles décisions, elles ne sont pas inutiles pour autant. Au contraire, puisqu'elles émanent de la plus haute instance judiciaire du pays, elles jouissent d'une autorité importante. À ce titre, nous avons vu qu'elles pouvaient être utilisées comme argument juridique par les parlementaires cantonaux lors des débats. En outre, comme elles interprètent le droit international, elles facilitent le travail de l'administration lorsqu'elle doit rédiger un projet législatif visant à mettre en œuvre une obligation internationale. Enfin, ces décisions sont souvent abondamment discutées et relayées par la doctrine, ce qui leur donne de la visibilité. Ainsi, comme le constate EVELYNE SCHMID « Es kann als erfreulich gewertet werden, wenn sich Gerichte und überstaatliche Überwachungsorgane inzwischen zunehmend auch den komplexen Fragestellungen von unterlassenen Umsetzungsverpflichtungen zuwenden und Beschwerdeführende in der Lage sind, die Umsetzung von Gewährleistungspflichten vor Gericht zur Sprache zu bringen »[1431]. Pour toutes ces raisons, nous sommes d'avis que les décisions incitatives sont des instruments utiles pour encourager la mise en œuvre du droit international par les parlements cantonaux.

#### 9.2.3.3. Le travail de la société civile

À côté des acteurs étatiques (l'administration fédérale et le Tribunal fédéral), nous avons vu que certains acteurs issus de la société civile jouaient également un rôle important lorsqu'il s'agit d'encourager l'action des autorités législatives cantonales. Grâce à des guides, des plans d'action, des recommandations ou des documents explicatifs, ces acteurs peuvent également influencer le comportement des autorités législatives cantonales. Dans la présente thèse, nous avons identifié plusieurs exemples de ce type[1432]. De manière peu étonnante, tous ces exemples émanent des obligations dans le domaine de la protection internationale des droits humains.

1430 SPRECHER ET AL. (2018), 649.

1431 SCHMID (2016), 23.

1432 Voir par exemple les travaux de la Fondation « Assurer l'avenir des gens du voyage suisses » (point 6.2.4), le site du Centre suisse de compétences pour les droits humains (CSDH) sur la mise en œuvre de la CDPH (point 7.2.6) et le plan d'action CDPH des associations INSOS, CURAVIVA et VAHS (point 7.2.7).

Les différents mécanismes observés fonctionnent sur un schéma similaire : ils offrent un état des lieux de la situation actuelle, donnent des exemples de bonnes pratiques et font parfois des recommandations (travail de lobbying ou de plaidoyer). Ces mécanismes se limitent ainsi généralement à la diffusion d'informations à l'intention de divers acteurs, notamment les autorités cantonales de mise en œuvre. De cette manière, ils jouent un rôle d'information et de mise à l'agenda politique et s'inscrivent dès lors dans les mécanismes de type *tambourin*. Ils « font du bruit » en attirant l'attention de la population et des autorités de mise en œuvre sur la problématique en jeu. Ces mécanismes jouent un rôle essentiel, particulièrement dans le domaine des droits humains. Par exemple, en lien avec la mise en œuvre de la CDPH, des motions ou des pétitions issues de la société civile étaient à la base de processus législatifs de mise en œuvre dans plusieurs cantons[1433].

La doctrine reconnaît d'ailleurs l'importance du rôle que joue la société civile lors de la mise en œuvre du droit international en droit interne. Ainsi, selon CHARLOTTE KU et PAUL F. DIEHL, grâce à leur expertise dans un domaine spécialisé, les ONGs favorisent la mise en œuvre de normes qui requièrent des connaissances particulières[1434]. En outre, étant donné leur caractère local et volontaire, elles permettent de faire le lien entre des communautés infranationales et des institutions nationales et internationales[1435]. Dans le même sens, GERALD STABEROCK indique que la société civile encourage l'incorporation ou la prise en compte au niveau national des règles de droit international[1436]. Dans leur manuel destiné aux parlementaires des États membres du Conseil de l'Europe, ALICE DONALD et ANNE-KATRIN SPECK considèrent qu'une coopération et un dialogue régulier entre les parlements et la société civile sont nécessaires pour améliorer la mise en œuvre des normes internationales relatives aux droits humains[1437]. Dans un article subséquent relatif à l'exécution des jugements de la Cour européenne des droits de l'homme, les mêmes auteures estiment que les organisations issues de la société civile ont un rôle important à jouer dans la mise en œuvre de ces jugements et qu'elles ont, à cet égard, tout intérêt à développer des stratégies flexibles, basées sur une analyse holistique des dynamiques en jeu[1438]. Enfin, dans un second article paru dans la même revue et consacré aux approches

1433 Voir point 7.2.2.

1434 DIEHL/KU (2010), 110.

1435 Ibid, 113.

1436 STABEROCK (2011a), N. 37.

1437 SPECK/DONALD (2018), 68 et 102.

1438 DONALD/SPECK (2020), 20.

adoptées par les organes supranationaux pour suivre la mise en œuvre de leurs décisions, elles soulignent également le rôle que peut jouer la société civile lorsqu'il s'agit de guider ces organes dans leur processus de suivi[1439]. Le rôle de la société civile pour encourager la mise en œuvre du droit international en droit interne est ainsi largement reconnu par la doctrine.

La notion de « société civile » n'est pas évidente. Elle est considérée par la doctrine comme un concept déroutant[1440], un « lieu commun », un « mot-valise »[1441] ou un « mot-éponge »[1442]. Dans la littérature juridique, la notion regroupe toute une série d'acteurs qui forment la société civile[1443]. SAMANTHA BESSON considère qu'il s'agit d'un « concept polysémique et complexe, voire essentiellement contestable dont il existe autant de conceptions que de courants politiques »[1444]. Bien qu'il soit difficile de s'arrêter sur une définition, nous retiendrons celle, régulièrement citée, de MICHAEL WALZER. Selon lui, le concept de « société civile » désigne l'espace d'association humaine non contrainte ainsi que l'ensemble des réseaux relationnels – formés au nom de la famille, de la foi, de l'intérêt et de l'idéologie – qui remplissent cet espace[1445]. Compte tenu de cette définition large de la notion de société civile, elle englobe évidemment les organisations non gouvernementales, mais aussi les fondations (de droit public ou privé) et les associations.

### 9.2.3.4. Les expertises juridiques

À côté du travail effectué par la société civile, les experts et expertes issus du monde académique jouent également un rôle important pour la mise en œuvre infranationale du droit international. Spécialisés dans un domaine du droit, les universitaires ont en effet la faculté – grâce à des avis de droit, des guides ou un travail de vulgarisation – de rendre intelligibles des obligations internationales (qui sont parfois très techniques ou au contraire très générales) pour les acteurs de la mise en œuvre. Nous avons vu que les institutions académiques vont parfois même jusqu'à rédiger des projets de loi et participent activement au processus cantonal de révision législative. Compte tenu de la proximité entre le droit et la politique, les expertises juridiques sont souvent utiles pour justifier des décisions politiques[1446].

1439 DONALD/LONG/SPECK (2020), 146.

1440 EDWARDS (2011), 3.

1441 ROWELL/SAINT-GILLE (2010), 13s.

1442 OFFERLÉ (2010), 21.

1443 STABEROCK (2011a), N. 5.

1444 BESSON (2005), 327.

1445 WALZER (1995), 7.

1446 AMMANN (2020a), 149.

À notre sens, cette catégorie d'acteurs ne fait pas partie de la société civile, telle qu'elle est décrite dans la section précédente. Dans la définition de MICHAEL WALZER, figure en effet l'idée que les relations « non contraintes » dépendent de valeurs partagées[1447]. Même si les acteurs et actrices du monde académique peuvent partager certaines valeurs, ce n'est pas la raison pour laquelle ils sont réunis au sein d'une institution. En outre, le rôle des universités en lien avec la mise en œuvre des obligations internationales est différent de celui de la société civile. Alors que les acteurs de la société civile contribuent à la mise en œuvre de ces obligations grâce à leur « caractère volontaire, local et spécifique »[1448], les universités encouragent ladite mise en œuvre grâce à un enseignement de qualité et une expertise sur des sujets scientifiques.

#### 9.2.3.5. Les outils politiques cantonaux

Enfin, certains mécanismes de type *tambourin* émanent de la scène politique cantonale. Il peut s'agir de pétitions, d'initiatives populaires, de motions parlementaires, etc. Dans le cadre de la présente thèse, nous avons observé des mécanismes de ce type uniquement dans le domaine des droits humains. Il s'agit notamment de la pétition déposée devant le parlement vaudois pour demander l'aménagement de terrains de stationnement pour les Yéniches, Sintés et Roms indigènes[1449], des deux actions menées en parallèle dans le canton de Bâle-Ville pour demander la mise en œuvre de la CDPH (une motion parlementaire et une initiative populaire) et de la motion déposée par une association devant le parlement neuchâtelois pour demander la mise en place d'une politique cantonale en matière d'égalité pour les personnes en situation de handicap[1450].

D'une manière générale ces différents mécanismes *bottom-up* se sont révélés plutôt efficaces puisqu'ils ont abouti respectivement à la création d'une nouvelle aire d'accueil au Mont-sur-Lausanne dans le canton de Vaud, à l'adoption d'une loi sur l'égalité des personnes handicapées dans le canton de Bâle-Ville, d'une loi sur l'inclusion et l'accompagnement des personnes vivant avec un handicap dans le canton de Neuchâtel. Des mécanismes de ce type dépendent toutefois fortement de la sensibilité politique des parlementaires et de celle des citoyens et citoyennes dans un canton donné. Si la majorité du parlement n'est pas convaincue par l'objet d'une motion ou d'une pétition,

1447 NARDIN (1995), 29.

1448 DIEHL/KU (2010), 113.

1449 Pétition relative à l'aménagement par le canton de Vaud de terrains de stationnement pour les Yéniches, Sintés et Roms nomades indigènes, en vertu de la reconnaissance par la Confédération de leur communauté au titre de minorité ethnique nationale (12_PET_003).

1450 Voir point 7.2.2.

l'utilisation de ce type de mécanismes ne conduira pas à l'adoption d'une loi de mise en œuvre. Ainsi, la motion déposée en 2019 devant le parlement du canton de Zoug pour demander une nouvelle fois la création d'une commission de l'égalité entre les femmes et les hommes a été refusée par une nette majorité du parlement[1451].

### 9.2.4. Les mécanismes de type poya

Cette quatrième sous-section est consacrée à notre dernière catégorie de mécanismes : le type *poya*. Comme indiqué en introduction, ce type de mécanismes fait référence à une mise en commun, ou à un ralliement. La poya implique par ailleurs un mouvement, qui permet de créer une synergie et ainsi d'encourager les membres du troupeau à avancer ensemble sur un même chemin ou dans une même direction.

Grâce à nos études de cas, nous avons vu que ces mécanismes faisaient appel, en pratique, à des concepts tels que l'harmonisation, la coordination, la coopération, l'uniformisation ou la centralisation. Le point commun entre ces concepts est qu'ils visent tous à atteindre un certain degré d'intégration normative[1452]. Leurs modalités d'intégration sont toutefois différentes[1453]. Selon nous, ces concepts peuvent être regroupés en deux catégories : l'harmonisation et l'uniformisation. Alors que les mécanismes d'harmonisation laissent une certaine marge de manœuvre aux cantons, l'uniformisation vise à mettre en place des règles identiques pour tous les cantons[1454]. Pour reprendre l'image de la poya, il faut imaginer l'harmonisation comme un sentier, duquel il est aisé de s'écarter et l'uniformisation comme un tunnel, qui n'offre pas la possibilité de faire des détours. Ces deux catégories de mécanismes de type *poya* sont discutés ci-dessous.

#### 9.2.4.1. Les mécanismes d'harmonisation

La mise en œuvre du droit international peut être encouragée par l'harmonisation[1455] des législations cantonales. Les deux mécanismes d'harmonisation

1451 Voir point 8.2.4.

1452 En ce sens : MIALOT/DIMA EHONGO (2004), 26 ; MARLÉTAZ (2021), 54.

1453 En ce sens : MIALOT/DIMA EHONGO (2004).

1454 En ce sens : ibid, 27. ; MARLÉTAZ (2021), 55. Ces auteurs distinguent encore les notions d'unification (remplacement d'une pluralité d'ordres juridiques par un ordre unique) et d'uniformisation (insertion de règles identiques dans différents ordres juridiques sans substituer un ordre à un autre).

1455 Dans cette section, les termes harmonisation, coopération et coordination sont utilisés comme des synonymes.

que nous avons observés dans cette étude sont l'AIMP (1994 et 2001) et le guide de la CdC relatif à la mise en œuvre de l'acquis de Schengen sur la protection des données. Ils font tous deux l'objet d'une coopération au niveau intercantonal. En outre, ils sont tous les deux issus du domaine des accords bilatéraux. Cela peut s'expliquer par le fait que les efforts requis pour adapter le droit cantonal aux dispositions européennes sont considérables et qu'une coopération est donc souvent indispensable pour des raisons pratiques[1456]. À notre avis, les mêmes contraintes s'appliquent toutefois aussi aux obligations issues de la protection internationale des droits humains. D'ailleurs, dans ses observations finales concernant le quatrième rapport de la Suisse, le Comité de l'ONU sur les droits économiques, sociaux et culturels (CESCR) a encouragé la Suisse à « renforcer les mécanismes de coordination entre la Confédération, les cantons et les communes afin d'assurer la pleine mise en œuvre des droits reconnus dans le Pacte »[1457]. Nous reviendrons dans la conclusion sur les raisons pour lesquelles les mécanismes utilisés dans ces deux domaines du droit sont si différents[1458].

En théorie, la coopération intercantonale pourrait prendre la forme d'une collaboration entre les gouvernements ou les parlements des cantons suisses[1459]. En pratique, elle résulte essentiellement d'une collaboration intergouvernementale au sein de conférences intercantonales, ce qui peut être problématique du point de vue de la légitimité démocratique, comme nous le verrons ci-dessous. La coopération horizontale s'exerce généralement au sein d'entités dirigées de manière commune par les cantons partenaires, sous la forme d'un service ou d'une conférence intercantonale[1460]. Ces entités disposent parfois de pouvoirs importants, tels que l'adoption de décisions politiques ou de réglementations valables pour l'ensemble des cantons partenaires[1461].

Les effets concrets de la coopération intercantonale sont difficile à évaluer. Comme le disait CHRISTIAN DOMINICÉ à propos de la coopération horizontale, « il est bien évidemment impossible d'évaluer, ne fût-ce qu'en termes très généraux, les fruits exacts de la concertation, la mesure dans laquelle l'échange d'idées et d'expériences influe sur les décisions des Gouvernements cantonaux, et notamment sur l'élaboration des projets législatifs »[1462].

1456 COTTIER et al. (2014), 191.

1457 CESCR (2019), Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la Suisse, point 7.

1458 Voir point 10.1.2.

1459 MARTENET (2016), 273.

1460 JEANNERAT (2018), 110.

1461 Ibid, 112.

1462 DOMINICÉ (1969), 830.

Ce constat est toujours d'actualité, notamment en lien avec l'influence que cette coopération peut avoir sur la mise en œuvre du droit international par les cantons. Il est néanmoins possible de relever certains avantages offerts par cette coopération pour la mise en œuvre du droit international. En premier lieu, les mécanismes de coopération analysés dans la présente thèse élaborent des dispositions visant à mettre en œuvre les grands principes posés par le droit international. Ils présentent ainsi l'avantage d'identifier et d'interpréter le droit international avant de le traduire en dispositions adaptées aux législations cantonales suisses. Par ailleurs, en mettant en commun les efforts des cantons, ils permettent de réduire les différences de ressources et d'accroître l'efficacité du travail effectué[1463]. Enfin, ils permettent aux cantons d'éviter que la Confédération s'arroge une nouvelle compétence dans le domaine concerné et conservent ainsi une certaine autonomie[1464]. Pour ces raisons, la coopération horizontale apparaît comme un mécanisme utile pour améliorer la mise en œuvre du droit international au niveau des cantons. Elle pose toutefois certaines questions délicates en lien avec la légitimité démocratique et l'uniformisation du droit.

Penchons-nous en premier lieu sur le déficit démocratique inhérent à la conclusion des conventions intercantonales. Il provient du fait que les représentants des cantons qui rédigent ces conventions sont exclusivement issus des exécutifs cantonaux : les parlementaires n'y sont pas représentés. Cette situation peut être rééquilibrée par la suite si les parlementaires ont l'occasion de débattre des dispositions législatives ou des recommandations proposées. Tel n'est cependant pas le cas lorsque les parlementaires se retrouvent face à un choix binaire consistant à accepter ou non des dispositions qu'ils n'ont pas eu l'occasion de discuter[1465]. En effet, les parlements cantonaux peuvent uniquement décider d'adhérer ou non à l'accord en question, mais ne peuvent pas l'amender[1466]. Ils ne peuvent pas non plus formuler de réserves à l'accord, à moins que cela ne soit expressément autorisé[1467]. Si l'on prend l'exemple de l'AIMP, le choix des parlementaires cantonaux se résumait à approuver ou non les dispositions adoptées, sans avoir eu, au préalable, l'occasion de discuter leur teneur. En l'occurrence, l'accord de 1994 et sa révision de 2001 ont été approuvés par les parlementaires sans engendrer

1463 Voir également en ce sens : JOLY (2020), 65.

1464 Voir en ce sens : JEANNERAT (2018), 25 ; THALMANN (2000), 309 ; BOLLEYER (2010), 412.

1465 En ce sens : BOLLEYER (2010), 412. Cette auteure considère en ce sens que « the pressure on parliaments simply to rubberstamp pre-cooked decisions for reasons of efficiency has intensified ».

1466 JEANNERAT (2018), 132.

1467 Ibid, 648.

de problème particulier. Parfois, le parlement peut toutefois avoir l'impression de n'être qu'une « chambre d'enregistrement » contrainte d'accepter de telles conventions[1468].

Ces considérations posent la question de la pesée des intérêts qu'il convient d'effectuer entre la légitimité et l'efficience de la coopération intercantonale[1469]. Selon ELOI JEANNERAT l'aménagement de mécanismes de collaboration intercantonale implique presque inéluctablement un déficit démocratique[1470]. Mais il est également possible d'argumenter que le gouvernement cantonal représente de manière légitime les intérêts du peuple. En permettant une action publique efficace, il compense alors en partie le déficit démocratique reproché à la collaboration intercantonale[1471]. D'ailleurs, les parlements décident librement de déléguer leur pouvoir à une autorité intercantonale dans le cadre de la collaboration intercantonale ; ils n'y sont pas contraints[1472]. Dans ces conditions, il est possible que les parlementaires cantonaux perçoivent une certaine perte de pouvoir face à la collaboration intercantonale, alors même qu'un déficit démocratique ne peut être constaté d'un point de vue juridique[1473].

Quelle est alors la solution face aux potentielles craintes des parlementaires cantonaux ? Faut-il bannir les concordats intercantonaux au profit de recommandations laissant une marge de manœuvre plus importante aux autorités législatives cantonales – comme le fait par exemple le guide de la CdC sur la mise en œuvre de l'acquis de Schengen sur la protection des données ? En tenant compte des différences qui existent entre les vingt-six ordres juridiques cantonaux grâce à l'octroi d'une marge de manœuvre plus large, la mise en œuvre du droit international peut être améliorée. Il est en effet reconnu en doctrine que le respect des spécificités cantonales peut permettre de trouver des solutions originales, mieux adaptées aux besoins locaux[1474]. Malgré ce constat, nous estimons qu'une harmonisation plus poussée par l'intermédiaire de conventions intercantonales peut aussi être bénéfique dans certains cas. Le cas de la libéralisation des marchés publics a par exemple montré qu'une telle harmonisation était jugée nécessaire pour assurer la sécurité

1468 Ibid, 133.

1469 Ibid, 139.

1470 Ibid, 140.

1471 Ibid, 141.

1472 Ibid, 72.

1473 Sur la distinction entre le déficit démocratique « politique » et le déficit démocratique « juridique » : ibid, 142ss.

1474 Voir en ce sens : MARLÉTAZ (2021), 144.

juridique dans ce domaine et, de ce fait, la mise en œuvre des obligations internationales y relatives. Cette harmonisation ne devrait cependant pas être effectuée au détriment des parlementaires cantonaux. Au contraire, les gouvernements cantonaux ont tout intérêt à tenir compte de l'avis de leurs parlements lorsqu'ils négocient des concordats s'ils veulent atteindre leur objectif. À notre avis, les parlementaires cantonaux devraient donc être inclus, ou à tout le moins consultés, de manière plus systématique lors des négociations relatives à ces accords. En ce sens, ELOI JEANNERAT soutient aussi une collaboration intercantonale plus respectueuse des principes démocratiques[1475]. Pour y parvenir, il propose de « parfaire le processus de réglementation de la collaboration intercantonale »[1476], entamé par des initiatives comme la Convention sur la participation des parlements (CoParl)[1477] et l'Accord-cadre pour la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges (ACI)[1478]. Ces deux conventions prévoient l'obligation de créer des commissions interparlementaires qui doivent pouvoir se prononcer sur un projet de convention intercantonale[1479]. En parallèle, des initiatives locales sont également envisageables. Ainsi, certains parlements cantonaux, notamment ceux de Genève et Bâle-Ville, ont récemment pris certaines mesures pour réagir à cette perte de pouvoir (augmentation des moyens financiers et droit d'être informés)[1480]. Sans nous pencher plus avant sur les moyens qui devraient être mis en place pour démocratiser les accords intercantonaux, nous retiendrons que ces accords peuvent constituer un mécanisme utile pour la mise en œuvre du droit international à condition qu'ils tiennent compte, d'une manière ou d'une autre, de l'avis des parlementaires cantonaux.

La seconde préoccupation inhérente à la coopération horizontale est de savoir s'il n'y a pas à craindre qu'elle engendre une « uniformisation destructrice de l'initiative »[1481]. En effet, plusieurs auteurs évaluent positivement le « génie du fédéralisme »[1482] qui permet la recherche d'expériences et de

1475 JEANNERAT (2018), 157.

1476 Ibid, 717.

1477 Convention relative à la participation des parlements cantonaux dans le cadre de l'élaboration, de la ratification, de l'exécution et de la modification des conventions intercantonales et des traités des cantons avec l'étranger du 5 mars 2010 (Convention sur la participation des parlements, CoParl).

1478 Accord-cadre pour la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges du 24 juin 2005 (Accord-cadre, ACI).

1479 Voir art. 15 al. 3 et 4 ACI et art. 9 al. 3 CoParl.

1480 VATTER (2020), 280.

1481 DOMINICÉ (1969), 825.

1482 L'expression est empruntée à Christian Dominicé : ibid, 879.

solutions nouvelles dans les cantons[1483]. Cette recherche de nouvelles solutions par les cantons peut aussi être bénéfique pour la mise en œuvre du droit international en inspirant d'autres cantons ou en les motivant à agir. La mise en œuvre du droit international par le biais de l'harmonisation met donc à mal ce potentiel de dynamisme *bottom-up*. Elle a cependant été jugée inévitable par les praticiens et les praticiennes dans certains domaines du droit. Nous avons par exemple vu que l'uniformisation du droit des marchés publics répondait à un objectif de sécurité juridique et participait ainsi à la mise en œuvre du droit international en la matière. Dans sa thèse de doctorat consacrée à l'harmonisation des lois cantonales d'aide sociale, RAPHAËL MARLÉTAZ constate également qu'une harmonisation est parfois nécessaire pour assurer le respect du droit international. Selon lui, tel est notamment le cas lorsque les différences entre cantons entraînent des limitations injustifiées aux droits humains protégés par le droit international[1484].

Pour conclure, malgré les risques de déficit démocratique et d'uniformisation que comportent les mécanismes de coopération horizontale, ils sont utiles pour favoriser la mise en œuvre du droit international. Pour limiter les tensions qu'ils créent avec le système fédéraliste et le principe démocratique, ils devraient, autant que possible, intégrer les cantons (au niveau exécutif et législatif) dans leur processus d'élaboration.

#### 9.2.4.2. Les mécanismes d'uniformisation

Notre recherche nous a également permis d'observer que la mise en œuvre du droit international pouvait parfois conduire à une uniformisation des législations cantonales « par le haut ». Comme évoqué plus haut, la notion d'uniformisation désigne, au sens large, l'insertion de règles identiques dans un ordre juridique[1485]. En droit suisse, ce terme a toutefois une signification plus précise : il se réfère à l'utilisation, par la Confédération, d'une compétence dont elle n'avait pas encore fait usage[1486]. Cette notion doit être distinguée de la centralisation qui désigne la création d'une nouvelle compétence fédérale dans la Constitution[1487]. Pour uniformiser les législations cantonales dans un domaine, il est aussi possible que la Confédération fasse une interprétation extensive d'une compétence fédérale. Dans de tels cas, la Confédération déduit

1483 Voir notamment : WYTTENBACH (2017), 98 ; MARLÉTAZ (2021), 144 et les références citées ; SCHMITT (2012), 279.

1484 MARLÉTAZ (2021), 146.

1485 MIALOT/DIMA EHONGO (2004), 27 ; MARLÉTAZ (2021), 55.

1486 WYTTENBACH (2017), 235.

1487 Ibid.

d'une disposition constitutionnelle une nouvelle compétence dans un domaine, alors que ladite disposition ne se réfère pas expressément au domaine en question[1488].

Étant donné que la Suisse conclut de plus en plus d'accords internationaux et que la compétence en matière d'affaires étrangères est du ressort de la Confédération (art. 54 al. 1 Cst.), cette dernière intervient de plus en plus souvent dans des domaines qui relèvent de la compétence des cantons en droit interne[1489]. Il n'est pas étonnant que cette situation conduise la Confédération à légiférer dans ces domaines, sur la base d'une compétence existante (uniformisation), par la création d'une nouvelle compétence dans la Constitution (centralisation) ou en interprétant une compétence existante de manière extensive. Si la Confédération craint une mise en œuvre trop lente de la part des cantons – par exemple en raison de la technicité du domaine en question – elle peut en effet être tentée d'adopter elle-même des mesures de mise en œuvre pour conserver sa crédibilité sur le plan international.

S'ils permettent de mettre en œuvre le droit international de manière plus rapide ou plus directe, ces mécanismes élaborés par le niveau fédéral peuvent toutefois être perçus négativement du point de vue du fédéralisme. Comme déjà évoqué en lien avec les mécanismes d'harmonisation, le fédéralisme encourage en effet la recherche d'expériences et de solutions nouvelles au sein de vingt-six « laboratoires » cantonaux. L'uniformisation par le niveau fédéral comporte dès lors le risque de tuer dans l'œuf certaines idées innovatrices et originales développées par les cantons. Ce phénomène empêche également la recherche de solutions adaptées aux particularités et aux besoins locaux[1490]. Or, des mesures de mise en œuvre adoptées au niveau local peuvent être mieux acceptées par la population[1491]. D'ailleurs, la perte d'une compétence au profit du niveau fédéral est généralement perçue négativement par les cantons[1492]. Dans ces conditions, la question de savoir si l'uniformisation d'un domaine du droit constitue plutôt un mécanisme de type *poya* ou *bâton* n'est pas évidente. Nous avons choisi de classer ce type de mécanismes dans la catégorie *poya* parce qu'il ne vise pas à punir un canton défaillant. Au contraire, l'uniformisation intervient en amont et de manière globale pour tous les cantons. Une mesure par laquelle la Confédération déciderait d'adopter une loi en lieu et place d'un canton défaillant et à ses frais devrait en revanche être qualifiée de *bâton*.

1488 Voir à ce propos : BENOIT (2009), 40.

1489 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX (2016), 133.

1490 WYTTENBACH (2017), 145 ; MARLÉTAZ (2021), 144.

1491 WYTTENBACH (2017), 145 ; MARLÉTAZ (2021), 144.

1492 BESSON (2014b), 11. MAISSEN/MAYER/GOBBO (2015), 108.

Dans le cadre de la présente thèse, nous avons observé un phénomène d'uniformisation (au sens large) dans trois de nos cas d'étude : la libre circulation des avocats et des avocates, la libéralisation des marchés publics et la création d'aires d'accueil pour les communautés nomades étrangères.

Dans le domaine de la libre circulation des avocats et des avocates, le mécanisme utilisé est celui de l'uniformisation : l'autorité législative fédérale a décidé de faire usage d'une compétence fédérale concurrente dans ce domaine.

Dans le domaine du droit des marchés publics, une uniformisation minimale a d'abord été réalisée par l'adoption de deux dispositions relatives aux marchés publics lors de l'adoption de la LMI en 1995. En fixant des règles minimales relatives aux marchés publics dans la LMI, l'Assemblée fédérale a fait usage d'une compétence fédérale existante, lui permettant d'assurer la réalisation du marché intérieur (art. 95 al. 2 Cst.)[1493]. Il s'agit donc d'un cas d'uniformisation (minimale). Ensuite, les législations cantonales et fédérale ont été « harmonisées » au sein d'un groupe de travail en 2019. Malgré l'utilisation du terme « harmonisation », le travail effectué au sein du groupe de travail AURORA s'apparente en réalité à un processus d'uniformisation (au sens large). Comme nous l'avons vu au chapitre 4, le but de ce groupe de travail était d'harmoniser les législations fédérale et cantonales « dans le respect de la répartition des compétences entre Confédération et cantons »[1494]. En réalité, les travaux du groupe de travail ont mené à l'adoption de deux textes quasiment identiques (AIMP 2019 et LMP 2019), ne laissant qu'une marge de manœuvre très faible aux parlements cantonaux. À notre avis, un tel mécanisme constitue un cas de centralisation « officieuse » puisqu'il mène à une uniformisation quasi-totale du droit fédéral et cantonal, sans toutefois créer de nouvelle compétence fédérale dans le domaine. Comme nous l'avons vu au chapitre 4, un tel système peut poser des problèmes au moment de la mise en œuvre dans les cantons. Le Grand Conseil du canton de Berne a ainsi récemment adopté une loi qui contient une réserve à l'AIMP 2019, malgré un avis de droit considérant qu'une telle réserve n'était pas compatible avec la ratification de la convention[1495]. Dans un cas comme celui-ci, il serait à notre avis plus honnête, du point de vue des cantons, d'adapter le droit constitutionnel de manière à attribuer expressément une compétence à la Confédération dans ce domaine.

1493 POLTIER (2014), 16.

1494 CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, 1710.

1495 Voir point 4.2.3.

Enfin, dans le cas de la création d'aires d'accueil pour les communautés nomades étrangères, la Confédération a, semble-t-il, interprété de manière extensive sa compétence en matière d'aménagement du territoire pour justifier l'élaboration d'une conception fédérale. L'art. 75 al. 2 Cst. prévoit qu'en matière d'aménagement du territoire, la Confédération « encourage et coordonne les efforts des cantons ». Comme nous l'avons vu au chapitre 6, l'adoption d'une conception fédérale relative aux aires de transit va toutefois plus loin qu'une simple mesure de coordination puisqu'elle pose un cadre contraignant pour les autorités cantonales (art. 22 al. 1 OAT)[1496]. En fixant les responsabilités de la Confédération et des cantons et en définissant un besoin en nombre de places par région[1497], une conception imposera certaines mesures aux autorités législatives cantonales. D'un point de vue juridique, l'adoption d'une conception fédérale relative aux aires de transit devrait donc, selon nous, être subordonnée à la création d'une nouvelle compétence fédérale dans ce domaine.

Les trois exemples mentionnés ci-dessus montrent que l'adoption de dispositions internationales dans un domaine du droit peut conduire à l'uniformisation ou à la centralisation du droit cantonal par le niveau fédéral. Plusieurs auteurs ont d'ailleurs observé que le droit international induisait souvent une tendance centralisatrice dans les États fédéraux[1498]. Il n'est toutefois pas aisé de déterminer les cas dans lesquels cette uniformisation ou centralisation pourra améliorer la mise en œuvre du droit international et ceux dans lesquels un tel processus aura plutôt tendance à nuire à la bonne application des dispositions concernées au niveau local.

À notre avis, des mécanismes d'uniformisation ou de centralisation peuvent être utiles dans certains cas, par exemple dans des domaines techniques difficilement accessibles aux parlements de milice, lorsqu'ils permettent d'assurer la sécurité du droit dans le domaine concerné ou face à une faible volonté politique d'agir au niveau cantonal. Elle ne doit toutefois pas devenir la règle, puisqu'en confiant systématiquement la mise en œuvre du droit international au niveau fédéral, il est plus difficile de tenir compte des nombreuses spécificités et sensibilités cantonales dans les domaines concernés. En outre, comme nous l'avons déjà dit, le droit international acquiert une plus grande légitimité au niveau local lorsqu'il est mis en œuvre par les

1496 Voir point 6.2.7.

1497 Information issue d'un courriel du 26 octobre 2021 de Mme FIONA HÄUSLER, cheffe du service langues et sociétés de l'Office fédéral de la culture.

1498 Voir par exemple : BOLLEYER (2010), 412 ; PETRIG (2021), 185s ; MAYER (2006), 166s ; SCHMITT (2012), 293.

parlements cantonaux[1499]. Heureusement, comme le démontre la présente thèse, il existe un grand nombre d'autres mécanismes qui permettent d'encourager les cantons à mettre en œuvre leurs obligations internationales, tout en respectant leur autonomie et leurs spécificités. À notre avis, ils devraient toujours être privilégiés. L'uniformisation et la centralisation des législations cantonales ne devraient intervenir qu'en dernier ressort.

Comme annoncé au début du présent travail, les divers mécanismes de mise en œuvre discutés ci-dessus sont influencés par certains facteurs et conditions. Ainsi, la probabilité que ces mécanismes aient un effet sur les parlementaires dépend parfois du contexte politique ou social dans lequel ils s'inscrivent. Les facteurs et conditions que nous avons pu observer dans nos études de cas font l'objet de la prochaine section.

## 9.3. Autres facteurs et conditions de la mise en œuvre cantonale du droit international

À côté des différentes catégories de mécanismes internes de mise en œuvre, d'autres conditions ou facteurs structurels, contextuels, sociaux ou politiques influencent l'activité législative des parlements cantonaux[1500]. Il peut notamment s'agir de certains événements majeurs, de chocs politiques, du contexte politique ou du domaine juridique dans lequel s'inscrit un traité. Quelques exemples observés au fil de nos recherches sont exposés ci-dessous.

### 9.3.1. L'occupation d'un terrain pour obtenir la construction d'une aire de transit

Dans bien des cas, nous avons vu que l'existence de certains mécanismes permettait d'encourager l'adoption de mesures cantonales de mise en œuvre. En lien avec l'obligation de créer des aires d'accueil pour les Yéniches, Sintés et Roms nomades, nous avons par exemple observé que la mise à disposition gratuite par la Confédération d'un terrain *(carotte)* avait facilité l'adoption, par le Grand Conseil du canton de Berne, d'un crédit de 3,33 millions pour la construction d'une aire de transit sur la commune de Wileroltigen[1501]. Toutefois, le processus ayant mené à ce résultat a été initié par un événement qui s'était produit quelques années plus tôt. En effet, le 24 avril 2014, plusieurs

1499 Voir en ce sens : SCHMID (2019), 53.

1500 Voir point 2.4.3.

1501 Voir point 6.2.6.

Yéniches suisses ont occupé, de manière illégale, la « kleine Allmend » de Berne en signe de protestation contre la pénurie d'aires d'accueil[1502]. Immédiatement après l'expulsion menée par la police, le gouvernement cantonal a pris la décision de créer entre quatre et cinq nouvelles aires d'accueil pour les communautés nomades indigènes et deux aires de transit pour les Roms nomades étrangers[1503]. Ces événements ont suscité un vaste écho médiatique[1504]. En outre, à la suite du campement de protestation organisé en 2014, le canton de Berne a entrepris une évaluation globale des sites propices à l'aménagement de nouvelles aires d'accueil[1505]. Le gouvernement cantonal a notamment conduit des négociations avec la Confédération et l'Office fédéral des routes (OFROU) a offert, en 2017, de mettre gratuitement à disposition du canton une aire appartenant à la Confédération située sur la commune de Wileroltigen[1506]. Le parlement bernois a finalement approuvé le crédit relatif à cette aire le 13 mars 2019[1507]. À la suite d'un référendum lancé par les jeunes UDC, le crédit a été accepté par votation populaire le 9 février 2020. Aussi bien le rapport du Conseil-exécutif au Grand Conseil relatif à l'aire de Wileroltigen[1508] que les débats devant le Grand Conseil[1509] font référence à l'obligation internationale de prendre en compte les besoins des Yéniches, Sintés et Roms nomades dans le cadre de la réglementation sur l'aménagement du territoire. Cet exemple montre bien la façon dont un événement isolé peut initier un processus de mise en œuvre d'une obligation internationale dans un cas précis.

### 9.3.2. Une modification législative au niveau fédéral

Parfois, une modification législative au niveau fédéral peut aussi influencer les autorités législatives cantonales de manière indirecte. Par exemple, la révision de la loi sur l'aménagement du territoire (LAT) en date du 15 juin 2012 dans le but de réduire les zones à bâtir surdimensionnées (art. 15 al. 2 LAT) a eu un

1502 JUD/RÖTHLISBERGER (2019), 28.

1503 CONSEIL-EXÉCUTIF DU CANTON DE BERNE (2014), Regierungsratsbeschluss vom 28. Mai 2014, Standortkonzept für Fahrende im Kanton Bern.

1504 JUD/RÖTHLISBERGER (2019), 28.

1505 Ibid.

1506 CONSEIL-EXÉCUTIF DU CANTON DE BERNE (2018), Rapport du 5 décembre 2018 sur un crédit d'objet pour la planification, l'étude de projet et la réalisation d'une aire de transit destinée aux gens du voyage étrangers à Wileroltigen, 8.

1507 BO/BE, 13 mars 2019, 406.

1508 CONSEIL-EXÉCUTIF DU CANTON DE BERNE (2018), Rapport du 5 décembre 2018 sur un crédit d'objet pour la planification, l'étude de projet et la réalisation d'une aire de transit destinée aux gens du voyage étrangers à Wileroltigen, 2.

1509 BO/BE, 13 mars 2019, 392, 396.

effet sur la mise en œuvre cantonale de l'obligation de créer de nouvelles aires d'accueil pour les Yéniches, Sintés et Roms nomades. À partir de l'entrée en vigueur de cette révision le 1er mai 2014, les cantons disposaient d'un délai de cinq ans pour adapter leurs plans directeurs aux nouvelles dispositions fédérales (art. 38a al. 1er LAT). Bien que cette révision législative n'ait aucun lien avec le respect du mode de vie des Yéniches, Sintés et Roms nomades, le devoir imposé aux cantons de réviser leurs plans directeurs a donné à ceux qui ne l'avaient pas encore fait une occasion d'y inclure la problématique des aires d'accueil pour les communautés nomades[1510]. Cette opportunité a notamment été saisie par les cantons de Fribourg et Glaris, qui ont inséré dans leurs plans directeurs révisés des mesures relatives à la création de nouvelles aires d'accueil[1511]. Ainsi, la révision imposée par la LAT a encouragé ces deux cantons à agir en faveur de leur obligation internationale de respecter le mode de vie des Yéniches, Sintés et Roms nomades. Sans cette obligation de modifier leurs plans directeurs dans un délai de cinq ans, la prise en compte des besoins de ces communautés aurait probablement également eu lieu, mais plus tardivement. Ce second exemple montre également la manière dont certains événements extérieurs peuvent encourager les parlementaires cantonaux à réaliser une obligation internationale.

### 9.3.3. Une grève comme moteur à l'action législative cantonale ?

En lien avec l'obligation internationale de promouvoir l'égalité entre les femmes et les hommes, la grève des femmes du 14 juin 2019 a engendré plusieurs actions politiques cantonales. Malheureusement, ces actions politiques ont rarement été suivies par l'adoption de mesures législatives visant à promouvoir l'égalité. Par exemple, dans le canton de Schwyz, trois députées ont déposé, le 3 juillet 2019, une interpellation devant le parlement afin de demander quelles actions avaient été entreprises par le gouvernement pour la réalisation de l'égalité[1512]. Dans sa réponse du 17 décembre 2019, le gouvernement a simplement estimé que la commission actuellement en place était suffisante et que la création d'un service spécialisé n'était pas nécessaire[1513]. Dans le canton de Glaris, une pétition déposée le 14 juin 2019 devant le gouvernement et le parlement

1510 EIGENMANN/GAUDENZ (2016), Gens du voyage et aménagement du territoire, Rapport 2015, 56.

1511 Voir la mesure T126 du plan directeur du canton de Fribourg et la mesure S7 du plan directeur du canton de Glaris.

1512 Interpellation I 24/19: Was tut die Regierung eigentlich für die Gleichstellung? Petition des Komitees Frauenstreik 2019 – Forderungen an den Regierungsrat.

1513 Ibid.

glaronnais demandait la création d’un groupe de travail chargé d’élaborer une stratégie et un plan d’action en faveur de l’égalité des sexes[1514]. Dans sa réponse du 27 septembre 2019, le gouvernement a accepté de mettre à disposition des ressources financières supplémentaires pour le soutien externe de la commission existante, mais n’a pas jugé utile de créer un nouveau groupe de travail[1515]. Enfin, dans le canton de Lucerne, une pétition a été déposée le 12 juillet 2019 devant le gouvernement et le parlement pour demander la présentation d’un rapport de planification relatif à la politique cantonale en matière d’égalité[1516]. Le texte de la pétition se fonde notamment sur la CEDEF pour justifier cette demande. Suivant la recommandation de la commission « Gesundheit, Arbeit und soziale Sicherheit », le parlement a décidé le 22 octobre 2019 d’entrer en matière sur la pétition[1517]. Ces divers exemples montrent qu’un événement isolé, comme la grève des femmes qui a eu lieu le 14 juin 2019, a motivé plusieurs parlementaires à déposer des initiatives cantonales en faveur de l’égalité entre les femmes et les hommes. Il n’apparaît toutefois pas que ces initiatives aient ensuite débouché sur l’adoption de mesures législatives en faveur de l’égalité. Ainsi, malgré un potentiel intéressant, nous ne pouvons pas affirmer que la grève des femmes ait influencé positivement la mise en œuvre cantonale de l’obligation étudiée au chapitre 8.

## 9.4. Bilan : un réseau d’influences

Les éléments discutés dans le présent chapitre montrent que plusieurs catégories de mécanismes ainsi que divers facteurs et conditions influencent – parfois simultanément – la mise en œuvre du droit international. Les mécanismes facilitent la mise en œuvre par l’intermédiaire d’acteurs institutionnels. Les facteurs et les conditions émanent généralement d’initiatives individuelles ou d’éléments contextuels et facilitent la mise en œuvre d’une obligation donnée en la mettant à l’agenda politique sur la scène politique cantonale.

Ainsi, le processus par lequel une obligation internationale doit passer pour être mise en œuvre par les autorités législatives des cantons se résume rarement à un ou plusieurs mécanisme(s) de mise en œuvre ou à l’existence d’un ou plusieurs facteur(s) politique(s) ou contextuel(s). Au contraire, il s’agit

1514 Aktionsplan zur Gleichstellung der Geschlechter im Kanton Glarus. Petition an Regierung und Landrat.

1515 KANTON GLARUS (2019), Aktionsplan zur Gleichstellung der Geschlechter im Kanton Glarus – Regierung sendet positive Signale.

1516 Petition « Frauen*streik Luzern », 12 juillet 2019.

1517 BO/LU, 22 octobre 2019, 1.

bien plus souvent d'un processus complexe, dans lequel diverses influences s'entremêlent. Comme le relèvent très justement DONALD et SPECK dans une étude sur la mise en œuvre des jugements de la Cour européenne des droits de l'homme, « there can occasionally be a visible causal path from judgment to actions leading to compliance […], but this is rare. More often, causality is nuanced or indirect and responsiveness conditioned by pre-existing attitudes and conditions »[1518]. Nous arrivons à un constat similaire en lien avec la mise en œuvre des obligations de droit international.

Ainsi, la section 9.1 met en avant la manière dont le domaine du droit concerné peut influencer les types de mécanismes de mise en œuvre mobilisés. La section 9.2 illustre de quelle manière ces différents mécanismes peuvent influencer la mise en œuvre du droit international par les parlements cantonaux. La section 9.3 complète l'analyse. Elle souligne le rôle que peuvent jouer certains événements politiques dans ce processus en augmentant ou en créant la volonté politique nécessaire au niveau cantonal. Elle montre également que certains facteurs contextuels, sans rapport avec une obligation donnée, peuvent avoir un effet sur sa mise en œuvre. Sans nier les effets que peuvent avoir les divers mécanismes de mise en œuvre étudiés, ce constat nous rappelle que ces mécanismes s'inscrivent toujours dans un contexte et des conditions préexistantes, dont il convient de tenir compte (la météo).

1518 DONALD/SPECK (2020), 20.

# 10. Conclusion

L'initiative pour l'autodétermination, qui a finalement été refusée par le peuple et les cantons le 25 novembre 2018, a montré qu'en Suisse, certains milieux conservateurs sont sceptiques face aux obligations internationales[1519]. Ces milieux conçoivent ces obligations comme une contrainte trop importante qui va à l'encontre de la souveraineté. Afin de désamorcer ces résistances, il est nécessaire de prendre au sérieux la relation entre ces obligations internationales et l'ordre juridique suisse. Dans la présente thèse, nous abordons cette problématique sous l'angle de la mise en œuvre. Nous estimons que l'internalisation du droit international [1520] – soit l'introduction et la mise en œuvre législative des normes internationales en droit interne – permet de donner une certaine légitimité à ces obligations. Dès lors que ces dernières sont internalisées conformément à ce que les citoyens et les citoyennes perçoivent comme une procédure équitable et démocratique, elles sont mieux acceptées[1521]. En revanche, si le peuple a l'impression de se faire imposer des normes adoptées selon une procédure non-démocratique, il aura tendance à les rejeter. Dans ces conditions, l'intérêt d'étudier les mécanismes qui encouragent l'engagement des parlements cantonaux avec le droit international peut être aisément constaté.

L'étude de ces mécanismes nous a permis de montrer que la mise en œuvre du droit international en droit interne est un processus complexe, qui requiert la mobilisation d'une grande quantité d'acteurs et d'actrices et dépend de nombreux facteurs et conditions. Dans un État fédéral comme la Suisse, la répartition interne des compétences sur plusieurs niveaux complique encore le processus puisqu'il dépend de plusieurs entités distinctes. En analysant les mécanismes mis en place pour favoriser la mise en œuvre de certaines obligations internationales par les autorités législatives cantonales, la présente thèse met en lumière différentes manières de soutenir ce processus. Elle identifie également quelques-uns des obstacles à son bon déroulement. Ce dernier chapitre vise à dresser les constats auxquels nous sommes parvenue grâce à cette recherche, et à discuter quelques pistes de recherche futures.

1519 Voir à ce sujet : KAEMPFER/THIRION/SCHMID, Switzerland rejects a popular initiative against foreign judges.

1520 Sur cette notion : point 2.2.2.

1521 Voir à ce sujet : point 2.1.

## 10.1. Plusieurs mécanismes existent et sont utiles

Le présent travail montre que l'ordre juridique suisse comporte déjà de nombreux mécanismes qui visent à encourager les autorités législatives cantonales à mettre en œuvre leurs obligations internationales. Les quatre catégories que nous avons identifiées mettent en avant l'existence aussi bien de mécanismes peu coercitifs de type *carotte* ou *tambourin*, que de mécanismes plus contraignants de type *bâton* et *poya*.

Ces mécanismes ne sont toutefois pas les seuls éléments qui influencent le processus de mise en œuvre d'une obligation internationale. Au contraire, il s'agit d'un processus complexe. Pour qu'une obligation internationale « passe » dans la législation d'un canton donné, un mélange d'éléments contextuels et de mécanismes – mobilisés par différents acteurs (étatiques, non-étatiques, individuels) – est généralement nécessaire. Il est dès lors extrêmement difficile de mesurer les effets d'un mécanisme en particulier sur la mise en œuvre d'une obligation donnée. Ce constat rejoint les conclusions du « Human Rights Law Implementation Project »[1522], dirigé par RACHEL MURRAY, qui s'intéresse à la mise en œuvre des décisions internationales dans différents ordres juridiques nationaux. Dans un article issu du projet, ALICE DONALD, DEBRA LONG et ANNE-KATRIN SPECK estiment que la mise en œuvre est un processus itératif et dynamique, dont le succès dépend souvent de la participation – parfois répétée – de plusieurs acteurs[1523]. Dans un autre article, RACHEL MURRAY et CHRISTIAN DE VOS évoquent également la complexité du processus de mise en œuvre, les nombreux acteurs impliqués dans celui-ci[1524] et la diversité des mécanismes mis en place dans les ordres juridiques internes[1525]. Comme la mise en œuvre de jugements – qui sont pourtant plus précis et limités que les dispositions d'un traité – ne peut être que rarement liée à une action ou un événement précis[1526], il n'est pas étonnant que nous arrivions à un constat similaire lorsqu'il s'agit de faire appliquer des obligations internationales.

Dans ces conditions, quel but l'étude des mécanismes internes de mise en œuvre vise-t-elle ? Ont-ils un rôle spécifique, à côté du contexte politique interne et des autres éléments extérieurs qui viennent influencer le processus de mise en œuvre des obligations internationales ? À cet égard, nous avons observé que si les obligations issues des accords bilatéraux entre la Suisse et

1522 THE ESRC HUMAN RIGHTS LAW IMPLEMENTATION PROJECT (HRLIP) (2021), The ESRC Human Rights Law Implementation Project (HRLIP).

1523 DONALD/LONG/SPECK (2020), 145.

1524 MURRAY/DE VOS (2020), 29.

1525 Ibid, 34.

1526 En ce sens : DONALD/SPECK (2020), 7.

l'UE étaient souvent mises en œuvre grâce à des mécanismes contraignants, de type *poya*, dans le domaine de la protection des droits humains, des mécanismes moins coercitifs, de type *tambourin* et *carotte*, étaient majoritairement mobilisés[1527]. Dans ces conditions, il est légitime de se demander si le choix des mécanismes influence la mise en œuvre ou si elle dépend uniquement du contexte politique qui entoure l'obligation concernée. La réponse doit être nuancée. Évidemment, le contexte politique exerce une influence importante sur la mise en œuvre interne d'une obligation donnée. Par exemple, dans le domaine des accords bilatéraux, l'interdépendance qui existe entre la Suisse et l'Union européenne exerce une certaine pression sur la Suisse[1528]. Pour éviter un isolement « à la longue difficilement supportable pour un pays si étroitement lié à l'Europe »[1529], la Suisse réagit à cette interdépendance en concluant des accords essentiellement basés sur le droit de l'UE[1530]. Mais pour bénéficier des avantages économiques prévus par ces accords, la Suisse doit mettre en œuvre ces derniers. Une certaine pression pèse donc également sur les cantons en lien avec la mise en œuvre de ces accords[1531]. Nos recherches ont montré qu'en présence d'une telle pression, plusieurs acteurs et actrices de la mise en œuvre (Confédération, exécutifs cantonaux, conférences intercantonales) ont utilisé des mécanismes de type *poya* pour mettre en œuvre les obligations issues des accords bilatéraux étudiés[1532]. Il apparaît ainsi que le contexte politique occupe une place importante dans le processus de mise en œuvre des obligations internationales.

En plus du contexte politique, d'autres éléments peuvent influencer le processus de mise en œuvre d'une obligation internationale, indépendamment des mécanismes qui sont mobilisés. Tel est par exemple le cas de la perception qu'ont les acteurs et les actrices de la mise en œuvre du caractère contraignant – ou non – de l'obligation en question. Les différentes études de cas menées dans la thèse ont montré que la mise en œuvre était très variable d'une obligation à l'autre, alors même qu'elles sont toutes issues de traités qui, conformément à l'adage *pacta sunt servanda*, sont juridiquement contraignants. Il apparaît ainsi que le caractère contraignant d'une obligation internationale n'est pas perçu de la même manière en fonction de l'obligation étudiée. Alors que les parlementaires utilisent parfois le caractère contraignant

1527 Voir point 9.1.2.

1528 Voir notamment : MAZILLE (2018), 109.

1529 CONSEIL FÉDÉRAL (1972), Message du 16 août 1972 relatif à l'approbation des Accords entre la Suisse et les Communautés européennes, 649.

1530 MAZILLE (2018), 115.

1531 Voir également en ce sens : KUX (2008), 171.

1532 Voir point 9.1.1.

d'une obligation pour soutenir un projet législatif[1533], il arrive aussi que cet élément soit simplement ignoré. À côté de la volonté politique d'agir, qui joue nécessairement un rôle important, la perception qu'ont les acteurs et actrices intéressés du caractère contraignant d'une obligation peut aussi influencer un processus de mise en œuvre. En effet, plus les autorités se sentent liées par une obligation, plus elles auront tendance à adopter des règles qui visent à la mettre en œuvre.

Ces facteurs « externes » ne diminuent toutefois pas le rôle que peuvent jouer certains mécanismes, lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre une obligation internationale dans les cantons. Au contraire, nos différentes études de cas montrent qu'ils jouent de fait un rôle important dans ce processus. Certes, le contexte politique influence un processus de mise en œuvre en plaçant une problématique sur le devant de la scène politique. La perception que se font les acteurs et actrices cantonaux du caractère contraignant d'une obligation peut aussi influencer la mise en œuvre en donnant plus (ou moins) d'importance à une problématique. Ces éléments n'éludent toutefois pas les effets que produisent certains mécanismes sur la mise en œuvre du droit international. En encourageant et guidant les cantons dans leurs processus législatifs, ces mécanismes ont un véritable impact sur les autorités chargées de la mise en œuvre. Grâce à des informations précises, des rapports, des aides financières, des analyses, des guides, etc., ils permettent, d'une part, de faire évoluer le contexte politique dans lequel s'inscrit une obligation et, d'autre part, de faciliter la tâche des parlementaires grâce à un travail de « traduction » du droit international. Dans la prochaine section, nous verrons que certains mécanismes sont plus efficaces que d'autres pour encourager les autorités cantonales à agir.

1533 Voir par exemple : dans le domaine de la protection des données : BO/FR du 8 mai 2008, 647 : « l'adaptation de notre législation en matière de protection des données est une obligation due aux engagements internationaux de la Suisse. Nous n'avons que peu de marge de manœuvre [...]. » BO/BS du 9 avril 2008, 180: « Die hier vorgeschlagenen Änderungen des Datenschutzgesetztes entsprechen den Schengen-Vorschriften. Damit erfüllt unser Kanton die entsprechenden Vorgaben. » Dans le domaine des aires d'accueil pour les communautés nomades : BO/VD, 30 avril 2013, 29 : « Depuis 2000, la Confédération rappelle cette obligation que s'est donnée la Suisse et incite, chaque année, les cantons à adapter leur plan directeur en y incluant des aires de séjour possibles. » Dans le domaine de l'égalité entre les femmes et les hommes : BO/AG, 28 novembre 2017, 1195 : « Der Kanton hat im Bereich Gleichstellung zwei Rollen zu erfüllen, nämlich den verfassungsrechtlichen Auftrag nach dem Gleichstellungsgesetz und den Auftrag als Arbeitgeber. Der völker- und verfassungsrechtliche Auftrag soll gemäss Beschreibung nicht verletzt werden. » Voir aussi : BO/ZG (2020), p. 963 : « Es braucht Fachstellen und Expertinnen mit den notwendigen Fachkenntnissen, Kompetenzen und Ressourcen, um die von der Konvention verlangte Aufgabe wirksam wahrnehmen zu können. »

## 10.2. Certains mécanismes sont plus efficaces que d'autres

Sont particulièrement utiles pour favoriser la mise en œuvre du droit international les mécanismes qui interprètent le droit international et informent les autorités politiques : ils « traduisent » les obligations internationales en dispositions propres à s'intégrer dans l'ordre juridique interne et établissent clairement les compétences des autorités de mise en œuvre. Des mécanismes de ce type sont plus efficaces encore lorsqu'ils offrent un cadre aux autorités législatives cantonales. Ce cadre peut notamment prendre la forme d'un accord intercantonal, d'un groupe de travail paritaire Confédération-cantons ou d'une loi d'harmonisation minimale. Nous avons regroupé ce type de mécanismes au sein de la catégorie *poya*. À l'issue de ce travail, nous sommes en mesure d'affirmer que l'utilisation de ce type de mécanismes a permis une mise en œuvre plus systématique des obligations concernées que lorsque d'autres mécanismes avaient été utilisés[1534]. Notre travail montre de quelle manière ce type de mécanisme favorise la mise en œuvre du droit international dans les cantons. Ainsi, le concordat relatif à la mise en œuvre du droit international des marchés publics (AIMP), conclu en 1994 et adapté à deux reprises en 2001 et en 2019, a permis de mettre en œuvre rapidement et de manière coordonnée les dispositions internationales en la matière dans tous les cantons suisses[1535]. De la même manière, le guide de mise en œuvre du droit de la protection des données élaboré par la CdC en 2006 a conduit à l'adoption de dispositions cantonales de mise en œuvre dans tous les cantons[1536]. La version révisée de ce guide, publiée en 2017, n'a pas encore permis de révision dans tous les cantons, mais les processus législatifs sont engagés dans la majorité d'entre eux[1537]. Enfin, l'adoption d'une loi d'harmonisation minimale dans le domaine de la libre circulation des avocats et avocates a aussi conduit tous les cantons à modifier leur législation dans ce domaine[1538].

Le point commun entre ces différents mécanismes réside dans le fait qu'ils permettent tous, dans une certaine mesure, d'« automatiser » le processus de mise en œuvre. Le travail des autorités cantonales se retrouve en quelque sorte

---

1534 Ce constat peut être établi en comparant les conclusions des chapitres 3 à 5 aux conclusions des chapitres 6 à 8.

1535 Voir point 4.2.2.

1536 Voir point 5.2.1.1.

1537 CONFÉRENCE DES PRÉPOSÉ(E)S SUISSES À LA PROTECTION DES DONNÉES (PRIVATIM), Révision des lois cantonales sur la protection des données (et des informations) : adaptation au droit européen sur la protection des données.

1538 Voir point 3.2.1.

prémâché, facilitant ainsi grandement leurs tâches de mise en œuvre. Ce constat rejoint les conclusions de RACHEL MURRAY et CHRISTIAN DE VOS, selon lesquels l'enjeu de la mise en œuvre réside dans la perception que les autorités développent de ce processus : le fait qu'elles le considèrent comme un processus technique et administratif, plutôt que comme un processus purement politique, contribue à améliorer la mise en œuvre[1539]. Lorsque, grâce à un « processus technique et administratif », l'administration se saisit d'une obligation internationale, l'interprète ou la « traduit » en droit cantonal, le travail des parlementaires s'en trouve facilité. Dans les exemples mentionnés ci-dessus, nous avons observé que les parlementaires n'avaient généralement que peu débattu des propositions élaborées par leurs administrations[1540]. Le processus législatif devant les parlements cantonaux présentait ainsi une dimension plus technique que politique. Nous avons fait un constat similaire en lien avec le travail effectué par une équipe d'experts et d'expertes de l'Université de Bâle pour aider plusieurs administrations cantonales à élaborer leurs dispositions cantonales de mise en œuvre de la CDPH[1541]. À la suite de cette démarche, trois parlements cantonaux[1542] ont adopté une loi de mise en œuvre à l'unanimité[1543]. Dans les cantons du Valais et de Bâle-Ville, les projets législatifs ont même été adoptés en première lecture[1544]. Ces divers exemples montrent que le travail technique effectué en amont permet de convaincre les parlementaires d'adopter une loi de mise en œuvre dans le domaine en question. Ainsi, si le parlement cantonal perçoit un processus législatif comme un processus technique de mise en œuvre du droit international, il va vraisemblablement opposer peu de résistance au projet élaboré par l'administration[1545].

Les considérations exposées ci-dessus doivent être un peu nuancées. Nous avons en effet rappelé, au point précédent, l'importance du contexte politique et d'autres éléments extérieurs pour la mise en œuvre des obligations internationales. Or dans les exemples évoqués ci-dessus, une certaine pression politique était présente – par l'intermédiaire de motions ou de pétitions dans le cas de la CDPH et en raison de l'interdépendance qui existe entre la Suisse et l'Union européenne dans le cas des accords bilatéraux. Dans ces conditions,

1539 MURRAY/DE VOS (2020), 36. Ces auteurs estiment ainsi que « an order or recommendation from a supranational body as apparently simple as publishing the decision or judgment can be challenging if there is no bureaucratic process to facilitate this ».

1540 Voir points 3.2.2, 4.2.2 et 5.2.1.

1541 Voir point 7.2.3.

1542 Bâle-Ville, Valais et Appenzell Rhodes-Extérieures.

1543 Voir note 1132.

1544 BO/VS, 6 mai 2021, 147 ; BO/BS, 18 septembre 2019, 857ss.

1545 Dans le même sens : MURRAY/DE VOS (2020), 36.

il faut reconnaître que le travail d'interprétation réalisé par l'administration a été renforcé par des conditions politiques favorables préexistantes. D'ailleurs, l'existence d'un travail préalable d'interprétation n'encourage pas toujours le parlement à adopter une loi de mise en œuvre. L'exemple du non-renouvellement de la commission de l'égalité dans le canton de Zoug constitue un bon contre-exemple. Dans ce cas, malgré l'élaboration d'un projet de loi interprétant le droit international et l'existence d'un avis de droit constatant la nécessité d'adopter une loi de mise en œuvre, le parlement a estimé qu'une loi n'était pas nécessaire et engendrerait des frais inutiles[1546]. Il a donc décidé, par 45 voix contre 27, de ne pas entrer en matière sur le projet[1547]. Cet exemple montre que dans certains cas, le travail d'interprétation et de « traduction » du droit international doit être complété par d'autres mécanismes de mise en œuvre – issus par exemple de la société civile – de manière à faire évoluer les mentalités dans un domaine donné[1548].

Les observations ci-dessus nous permettent de conclure que malgré le potentiel important de mécanismes « techniques » pour la mise en œuvre du droit international, leurs effets seront plus rapides dans les domaines où une volonté politique d'agir est préexistante. Dans les autres cas, le processus sera inévitablement plus lent et compliqué. Ces mécanismes devront alors être complétés par d'autres types de mécanismes. Par exemple, l'utilisation répétée, par différents acteurs, de mécanismes de type *tambourin* participe à modifier l'opinion du public et des autorités politiques dans un cas donné. De tels mécanismes sont précieux pour encourager les autorités infranationales à agir lorsque la volonté politique n'est que partiellement établie. L'exemple des aires d'accueil pour les communautés nomades est particulièrement intéressant. Comme nous l'avons vu, dans ce cas, une harmonisation minimale (de type *poya*) est en cours d'élaboration par la Confédération, par l'intermédiaire d'une conception relative aux aires de transit[1549]. Compte tenu des réticences de la population sédentaire à accepter ce type de constructions[1550], des mécanismes de type *tambourin* devront continuer, en parallèle, à informer et sensibiliser les autorités cantonales à cette problématique. Les rapports de la Fondation « Assurer l'avenir des gens du voyage suisses » sont précieux à cet égard. Grâce aux nombreuses informations qu'ils rassemblent, ils permettent d'identifier les besoins par région et d'offrir aux cantons plusieurs exemples de projets

1546 Voir point 8.2.4.

1547 BO/ZG (2016), p. 1334.

1548 Au sujet de ces mécanismes, voir point 9.2.3.3.

1549 Voir point 6.2.7.

1550 Voir en ce sens : DE GASPARO/RÖTHLISBERGER (2021), 37.

fonctionnels (« bonnes pratiques »)[1551]. Il apparaît ainsi que la coexistence de mécanismes variés est utile pour encourager la mise en œuvre du droit international, en particulier dans les cas où la volonté politique est moins évidente.

Toutefois, dans certains domaines, la multiplication de mécanismes peu coercitifs, de type *tambourin,* ne suffit pas. En particulier, dans le domaine des droits humains, nous sommes d'avis que des mécanismes plus contraignants, impliquant un ralliement ou une mise en commun, devraient être utilisés de manière plus systématique. Ce point de vue est développé dans la section suivante.

## 10.3. Les mécanismes de mise en œuvre des droits humains doivent être renforcés

Comme nous l'avons vu dans l'introduction[1552], le droit international ne fait aucune différence selon le domaine concerné : toutes les obligations contenues dans les traités sont obligatoires et doivent être mises en œuvre par les États. Par ailleurs, le droit international ne contient en principe pas de règle relative à cette mise en œuvre : les États sont donc libres quant aux moyens utilisés. À notre avis, ce manque d'intérêt du droit international pour la manière dont les États mettent en œuvre leurs obligations ne devrait pas conduire à des différences de mise en œuvre trop importantes, en fonction de l'obligation considérée. Ainsi, il est selon nous difficilement justifiable qu'au sein d'une même juridiction certaines obligations soient mises en œuvre rapidement et de manière uniforme alors que d'autres ne sont que partiellement, voire pas du tout mises en œuvre. Dès lors se pose la question suivante : faut-il imposer la mise en place de mécanismes de mise en œuvre coercitifs dans tous les domaines du droit international ?

Nous avons vu dans la section précédente que certains mécanismes étaient plus efficaces que d'autres pour parvenir à la mise en œuvre d'une obligation dans un grand nombre de cantons. Ces mécanismes ont été observés, en grande majorité, dans le domaine des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE. Ces mécanismes, qui ont fait leurs preuves dans le domaine des accords bilatéraux, devraient-ils aussi être utilisés dans le domaine des droits humains ? La mise en œuvre des droits humains ne se prête pas moins bien, par principe, à une mise en commun, par exemple par le biais d'un accord intercantonal, d'une loi minimale d'harmonisation ou d'un guide intercantonal de mise en œuvre.

1551 Voir point 6.2.4.

1552 Voir point 1.2.2.

Le problème avec la mise en œuvre des droits humains réside notamment dans le fait que les autorités cantonales de mise en œuvre ne se sentent pas directement concernées par leurs obligations, contrairement à celles qui découlent des accords bilatéraux conclus avec l'UE. Les recherches effectuées par MATTHIEU NIEDERHAUSER, JONATHAN MIAZ et MARTINO MAGGETTI dans le cadre du projet FNS dans lequel s'inscrit cette thèse[1553] montrent bien comment, dans ce domaine, les traités internationaux sont souvent perçus comme une opportunité, plutôt que comme une véritable obligation[1554]. Afin d'inverser cette tendance, des mécanismes de mise en œuvre plus contraignants devraient être mis en place. Le présent travail montre en effet que dans certains cas, la multiplication de mécanismes de type *tambourin* n'est pas utile. Par exemple, dans le domaine des aires de stationnement pour les communautés nomades, les nombreux mécanismes en place n'ont pas permis de favoriser une mise en œuvre rapide du droit international. Dans un cas comme celui-ci, un certain degré d'harmonisation (au niveau intercantonal ou fédéral) paraît indispensable. Nous estimons que la mise en place plus systématique de mécanismes de ralliement, également dans le domaine des droits humains, permettrait d'améliorer leur mise en œuvre. Cette question a d'ailleurs été abordée lors d'une conférence qui s'est tenue à Berne le 3 novembre 2022[1555]. Pour renforcer la mise en œuvre des droits humains, les pistes suivantes ont notamment été discutées : la mise en place d'une coordination renforcée entre la Confédération et les cantons, l'utilisation des conférences intercantonales existantes, un système plus simple et plus efficace pour récolter les données auprès des cantons et l'allocation de ressources supplémentaires[1556].

En parallèle, les bonnes pratiques élaborées au sein de certains cantons mériteraient d'être discutées et valorisées. JUDITH WYTTENBACH rappelle à ce sujet que l'autonomie des cantons peut parfois avoir un effet positif sur la mise en œuvre lorsqu'il y a un échange de bonnes pratiques[1557]. L'existence d'une marge de manœuvre cantonale peut ainsi s'avérer bénéfique pour la mise en œuvre du droit international puisqu'elle permet de créer des « laboratoires »[1558]

1553 Projet FNS 182148.

1554 MIAZ/NIEDERHAUSER/MAGGETTI, From International Law to Subnational Practices: The Roles of Intermediaries in Translating the Istanbul Convention in Swiss Cantons (manuscrit soumis pour publication).

1555 Voir à ce sujet : HUMANRIGHTS.CH, Les mécanismes de mise en œuvre des droits humains par les cantons doivent être renforcés.

1556 HUMANRIGHTS.CH, Les mécanismes de mise en œuvre des droits humains par les cantons doivent être renforcés.

1557 WYTTENBACH (2017), 566.

1558 À propos de ce terme, voir notamment : SCHMITT (2012), 281 ; ECOFFEY et al. (2017), 31. Voir également : FAVRE (2021), 564. Cet auteur parle à cet égard de « fédéralisme d'innovation ».

cantonaux, desquels peuvent émerger certains mécanismes applicables à d'autres cantons. En ce sens, nos recherches nous ont permis d'observer que certains mécanismes de mise en œuvre prenaient parfois naissance dans un canton, avant d'être étendus à d'autres. Nous pensons en particulier au guide relatif à la CDPH, élaboré par une équipe d'experts et d'expertes de l'Université de Bâle[1559]. L'idée de créer ce guide de mise en œuvre a surgi dans le cadre des travaux réalisés par l'équipe de MARKUS SCHEFER en lien avec la rédaction d'un projet de loi visant à mettre en œuvre la CDPH dans le canton de Bâle-Ville[1560]. À cette occasion, MARKUS SCHEFER a réalisé que les administrations cantonales pourraient bénéficier d'un soutien dans ce domaine, non seulement sur le plan matériel, mais aussi quant à la manière de mener le processus législatif de mise en œuvre[1561]. Dans ce cas, il apparaît que les travaux menés par l'équipe de l'Université de Bâle au sein de l'administration cantonale bâloise ont conduit à l'élaboration d'un guide général de mise en œuvre, qui pourra être utilisé par tous les cantons. Cet exemple montre bien de quelle manière le fédéralisme suisse permet de développer des solutions innovantes pour mettre en œuvre le droit international. Par ailleurs, il ne faut pas négliger le fait que des décisions politiques décentralisées permettent parfois de conduire à des solutions plus adaptées au regard des besoins sociaux, économiques ou géographiques du canton et du bien-être de la population locale[1562]. Si tout va bien, elles peuvent ainsi s'adapter aux besoins régionaux. Du point de vue du droit international, des mesures différentes selon les régions ne posent pas de problème, pour autant qu'elles soient compatibles avec le but et l'objectif des traités concernés[1563].

## 10.4. Pistes de réflexion pour améliorer la mise en œuvre du droit international dans les cantons

Il ressort de nos recherches que malgré l'existence d'une grande variété de mécanismes, certaines obligations internationales peinent encore à être mises en œuvre dans les législations de tous les cantons suisses. Ce constat

1559 Voir point 7.2.4.

1560 Entretien du 6 octobre 2020 avec CÉLINE MARTIN, collaboratrice scientifique à l'Université de Bâle. L'entretien a été complété par un échange écrit daté du 8 décembre 2020.

1561 Ibid.

1562 WYTTENBACH (2017), 561.

1563 Ibid, 563.

est particulièrement frappant dans le domaine des droits humains[1564]. Face à cette situation, on peut se demander si le cadre juridique suisse relatif à la mise en œuvre du droit international par les cantons est suffisant. Actuellement, ce cadre se résume essentiellement aux art. 5 al. 4 Cst.[1565], 46. al. 1 Cst.[1566], 49 al. 2 Cst.[1567] et 7 LFPC[1568]. Ces dispositions posent des principes généraux en lien avec la mise en œuvre du droit international, mais n'établissent pas de règles concrètes permettant d'encadrer cette mise en œuvre. Dans son ouvrage consacré à la mise en œuvre des traités internationaux de protection des droits humains dans les États fédéraux, JUDITH WYTTENBACH discute la possibilité de renforcer ce cadre minimaliste[1569]. Elle réfléchit notamment à l'opportunité de compléter les art. 54 et 173 al. 1 let. e Cst., de manière à créer une compétence subsidiaire de la Confédération dans le domaine des traités internationaux[1570]. La création d'une telle compétence subsidiaire placerait une épée de Damoclès au-dessus de la tête des cantons et permettrait ainsi de les motiver à agir[1571]. La mise en place d'un tel système serait toutefois problématique dans le système fédéraliste suisse. En effet, comme le relève à juste titre JUDITH WYTTENBACH, il est difficile d'établir les critères permettant d'évaluer à partir de quand une telle action serait justifiée et jusqu'où les mesures de substitution pourraient aller, en particulier en présence de dispositions internationales laissant une marge de manœuvre aux autorités chargées de la mise en œuvre[1572]. Dans ces conditions, l'auteure estime que dans le système fédéraliste suisse, d'autres options, moins intrusives, seraient plus adaptées[1573]. Comme elle, nous sommes d'avis qu'une certaine institutionnalisation de la mise en œuvre est nécessaire, à condition qu'elle respecte l'organisation fédérale de la Suisse.

1564 Voir notamment le cas de l'obligation de mettre des aires d'accueil à disposition des Yéniches, Sintés et Roms nomades (chapitre 6) ou de l'obligation de promouvoir l'égalité entre les femmes et les hommes (chapitre 8).

1565 « La Confédération et les cantons respectent le droit international. »

1566 « Les cantons mettent en œuvre le droit fédéral conformément à la Constitution et à la loi. »

1567 « La Confédération veille à ce que les cantons respectent le droit fédéral. »

1568 Loi fédérale du 22 décembre 1999 sur la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération (LFPC ; RS 138.1). Cette loi prévoit à son art. 7 que « [d]ans la mesure où la mise en œuvre du droit international leur incombe, les cantons sont tenus de procéder à temps aux adaptations nécessaires ».

1569 WYTTENBACH (2017), 507. Voir point 9.2.3.1.

1570 Ibid, 508.

1571 Ibid.

1572 Ibid.

1573 Ibid.

Par ailleurs, comme nous l'avons rappelé tout au long de ce travail, il ne faut pas négliger l'importance du travail de conviction, qui doit être effectué auprès des acteurs et des actrices de la mise en œuvre. En effet, la mise en œuvre du droit international ne peut pas être conçue uniquement comme un processus technique et administratif, nécessitant la mise en place de nouveaux mécanismes institutionnels. Bien sûr, comme nous l'avons montré, un encadrement administratif et un travail d'interprétation sont efficaces pour faciliter la mise en œuvre. Mais sur le fond, les obligations internationales doivent atteindre l'aval majoritaire de la conscience collective. À cet effet, des débats et des discussions sont indispensables. C'est la raison pour laquelle, à côté des mécanismes « techniques » ou « juridiques », des mécanismes « démocratiques » – visant plutôt à produire des effets de conviction – doivent continuer à être développés.

Pour résumer, il nous paraît nécessaire, à l'avenir, de réfléchir en parallèle à deux questions : 1) Comment institutionnaliser la mise en œuvre du droit international par les cantons, tout en respectant le système fédéraliste ? (point 10.4.1) et 2) Comment faire évoluer les mentalités dans des domaines qui ne font pas d'emblée l'unanimité auprès des acteurs et actrices chargés de leur mise en œuvre ? (point 10.4.2).

### 10.4.1. L'institutionnalisation de la mise en œuvre

Dans le domaine des droits humains, plusieurs auteurs se sont récemment intéressés à différents moyens d'institutionnaliser la mise en œuvre des obligations internationales au niveau interne. Ainsi, un numéro spécial du Nordic Journal of Human Rights a été consacré à « The Domestic Institutionalisation of Human Rights »[1574] et un numéro spécial du Netherlands Quarterly of Human Rights, dirigé par les mêmes auteurs, avait pour thème « Understanding Governmental Human Rights Focal Points »[1575]. L'un des participants au projet FNS dans lequel s'inscrit cette thèse[1576] a d'ailleurs contribué à ce second numéro[1577]. Il ressort de ces études que de nouvelles dynamiques d'institutionnalisation des droits humains au niveau interne sont en cours et qu'elles constituent une réponse pour combler le « implementation gap » dans ce domaine[1578]. Ces études analysent notamment le rôle des Institutions nationales

1574 Nordic Journal of Human Rights, Volume 37, Issue 3 (2019).

1575 Netherlands Quarterly of Human Rights, Volume 39 Issue 2, June 2021.

1576 Projet FNS 182148.

1577 NIEDERHAUSER (2021).

1578 JENSEN/LAGOUTTE/LORION (2019), 168.

des droits humains (INDH)[1579]. Un article s'intéresse aussi au rôle des commissions parlementaires dans le processus de mise en œuvre[1580]. Enfin, les articles du second numéro spécial évoqué ci-dessus se concentrent sur les points focaux gouvernementaux pour les droits humains *(Governmental Human Rights Focal Points)*[1581].

Dans le domaine des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE, à la suite de l'abandon de l'accord-cadre, la mise en œuvre suit les règles générales du droit international. En particulier, il n'existe aucune « instance de surveillance officielle, ni de sanctions officielles, pas plus que de délais de mise en œuvre »[1582]. Grâce à nos études de cas, nous avons toutefois pu observer que la mise en œuvre de ces accords sur le territoire suisse s'inscrivait généralement dans un certain cadre. Il ne s'agit pas d'un cadre strict, prédéfini par l'accord, mais de solutions institutionnelles mises en place de manière ad hoc (conférence intercantonale, groupe paritaire Confédération-cantons, loi d'harmonisation minimale). Ainsi, dans ce domaine du droit, force et de constater qu'un certain degré d'institutionnalisation existe déjà. Cette institutionnalisation ne prend toutefois pas une forme unique et identique pour tous les accords. Au contraire, elle intervient de manière ad hoc pour chaque obligation considérée.

On voit qu'il existe, aussi bien en théorie qu'en pratique, plusieurs possibilités d'institutionnaliser la mise en œuvre interne du droit international. Dans le système fédéraliste suisse, il s'agit de trouver des solutions efficaces tout en étant respectueuses de l'autonomie des cantons. Quelques idées sont esquissées ci-dessous.

Tout d'abord, on peut imaginer la création d'un organe paritaire, composé de représentants de la Confédération et des cantons (parlementaires et membres de l'administration), chargé de faciliter la mise en œuvre du droit international par les autorités cantonales. Un tel organe pourrait par exemple être dirigé par la Direction du droit international public (DDIP). L'un des trois objectifs de cet office consiste en effet à « veiller à ce que les autorités suisses interprètent et appliquent correctement les règles de droit international, tant en Suisse qu'à l'étranger »[1583]. De manière à respecter l'autonomie cantonale,

1579 Ibid.

1580 LYER (2019).

1581 LORION/LAGOUTTE (2021).

1582 Extrait de l'intervention de la vice-présidente de la Commission en charge de la Justice, lors d'un colloque de la fondation Jean Monnet à Lausanne, le 12 novembre 2010, cité par MAZILLE (2018), 456.

1583 DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES (2022), Direction du droit international public.

la tâche principale d'un organe de ce type pourrait consister à informer les cantons des obligations qui leur incombent en vertu du droit international. Dans le domaine des droits humains, l'obligation d'informer tous les acteurs qui ont la charge d'une tâche étatique est d'ailleurs expressément prévue par plusieurs conventions internationales[1584]. Selon JUDITH WYTTENBACH, les informations fournies aux autorités internes de mise en œuvre doivent garantir qu'elles puissent reconnaître et comprendre la portée des obligations de mise en œuvre et leur importance dans leurs domaines d'activité respectifs[1585]. Compte tenu du grand nombre de traités internationaux ratifiés par la Suisse et de la diversité des domaines qui sont couverts par ceux-ci, la mise en place d'un organe de ce type requerrait vraisemblablement des ressources importantes, aussi bien en termes de budget que de personnel et nous semble, dès lors, peu probable.

Il est aussi possible d'envisager la création de divers organes – au niveau fédéral ou intercantonal – qui seraient chargés de guider les cantons dans différents domaines du droit international. En ce sens, BÉNÉDICTE TORNAY, IRÈNE RENFER et ANDREAS AUER ont imaginé, dans le domaine des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE, que la Conférence des gouvernements cantonaux (CdC) crée une section responsable de la mise en œuvre de ces accords[1586]. Ces auteurs estiment qu'un organe de ce type pourrait servir de guide pour les autorités de mise en œuvre en émettant des lignes directrices pour les cantons et en posant des repères visant à faciliter la mise en œuvre[1587]. Il est possible d'imaginer la création d'organes similaires, dirigés par des offices fédéraux ou des conférences intercantonales, dans d'autres domaines du droit international. Ainsi un organe paritaire dédié à la mise en œuvre infranationale des droits humains pourrait par exemple être mis en place dans le but d'améliorer la lutte contre la discrimination et la promotion des droits humains au niveau des cantons.

Dans le domaine des droits humains, EVA MARIA BELSER et SANDRA EGLI ont imaginé, dans le cadre de la publication finale du centre de compétence pour les droits humains (CSDH), de mettre en place un examen périodique des droits humains par les cantons[1588]. Cette idée a ensuite été discutée le 3 novembre 2022 lors d'une conférence, organisée par l'équipe du projet FNS dans lequel s'inscrit cette thèse, conjointement avec l'Institut du Fédéralisme et le

1584 Voir à ce propos, avec plusieurs exemples : WYTTENBACH (2017), 519s.

1585 Ibid, 520.

1586 TORNAY/RENFER/AUER (2006), 289.

1587 Ibid.

1588 BELSER/EGLI (2022), 54.

Centre de compétence pour les droits humains[1589]. Cette proposition a suscité un large intérêt et a donné lieu à des discussions intéressantes. Elle mériterait d'être développée à l'avenir, par exemple par l'intermédiaire d'un projet pilote limité à la mise en œuvre d'une obligation internationale et un petit nombre de cantons.

Enfin, en Suisse, la création d'une INDH est sur le point de voir le jour[1590]. Ainsi, le 1er octobre 2021, le parlement fédéral a accepté la modification de la loi fédérale sur des mesures de promotion civile de la paix et de renforcement des droits de l'homme, qui prévoit la création de l'INDH de la Suisse[1591]. Le processus de création de cette INDH a été discuté lors de la Conférence annuelle de la plateforme humanrights.ch le 6 avril 2022[1592] et lors d'une réunion publique organisée le 1er décembre 2022[1593]. La création de cette nouvelle institution, qui sera indépendante des universités et aura sa propre personnalité juridique, a été jugée prometteuse par le Centre suisse de compétence sur les droits humains (CSDH), à condition qu'elle soit dotée d'un budget suffisant[1594]. Du point de vue de la mise en œuvre du droit international des droits humains, une INDH est intéressante puisqu'elle permet de jouer un rôle d'intermédiaire entre le niveau international et le niveau interne de protection des droits humains[1595]. Une telle institution permettra de compléter les mécanismes de mise en œuvre existants en fournissant un travail systématique d'interprétation des normes internationales dans le domaine des droits humains et en coordonnant les activités des acteurs et actrices qui promeuvent la protection de ces droits.

### 10.4.2. Le travail de conviction des parlementaires

Ce travail nous a permis de montrer que dans certains domaines sensibles, des mécanismes « institutionnels » ne permettent pas toujours de mettre en œuvre le droit international. Par exemple, il ne suffit pas d'inscrire « de force » dans

1589 Voir à ce sujet : HUMANRIGHTS.CH, Les mécanismes de mise en œuvre des droits humains par les cantons doivent être renforcés.

1590 DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES DFAE, Création d'une institution nationale des droits de l'homme en Suisse.

1591 Loi fédérale sur des mesures de promotion civile de la paix et de renforcement des droits de l'homme, modification du 1er octobre 2021, FF 2021 2325.

1592 HUMANRIGHTS.CH, Journée d'échanges 2022.

1593 DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES DFAE, Création d'une institution nationale des droits de l'homme en Suisse.

1594 CENTRE SUISSE DE COMPÉTENCE POUR LES DROITS HUMAINS (CSDH) (2019), Rapport annuel 2019, 3.

1595 JENSEN/LAGOUTTE/LORION (2019), 168.

une loi cantonale le principe de l'éducation inclusive pour que l'inclusion devienne une réalité. Au contraire, pour qu'une telle obligation soit mise en œuvre au niveau cantonal, il faut que les parlementaires en comprennent les enjeux, qu'ils adoptent des règles détaillées à ce sujet et qu'ils allouent des ressources au projet. Certes, forcer les parlementaires à légiférer dans un domaine grâce à un mécanisme « institutionnel » ou « technique » constitue un premier pas vers la mise en œuvre de l'obligation. Toutefois, une telle démarche ne suffit pas toujours pour convaincre les parlementaires de la nécessité de s'investir dans le domaine en question et d'y allouer le budget nécessaire. Pour y parvenir, il faut comprendre pourquoi et comment les parlementaires réagissent aux obligations internationales qui leur incombent, d'un point de vue politique.

À cet effet, des travaux futurs pourront analyser en détail les différents facteurs qui conditionnent et influencent un engagement parlementaire, les rapports au droit international des parlementaires, leurs usages politiques des traités internationaux, ou encore le rôle de la société civile pour promouvoir une reconnaissance sociale et législative du droit international. Ils pourront également étudier certains processus législatifs de mise en œuvre, de manière à identifier tous les acteurs impliqués dans ces processus et à définir leurs rôles respectifs. Des études de ce type sont complémentaires à l'analyse juridique des mécanismes qui permettent de favoriser la mise en œuvre du droit international. Dans le cadre du projet FNS dont fait partie cette thèse[1596], MATTHIEU NIEDERHAUSER et JONATHAN MIAZ développent déjà des études de cas de ce type sur la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul), sur la Convention de l'ONU sur les droits des personnes handicapées (CDPH) et sur l'acquis de Schengen relatif à la protection des données. Cette recherche pionnière pourrait être prolongée par des comparaisons avec d'autres cas relatifs à d'autres types d'obligations internationales, par des enquêtes à plus large échelle sur les rapports des parlementaires au droit international, et par des comparaisons internationales avec d'autres systèmes politiques et juridiques fédéralistes.

Nous conclurons ce travail en insistant sur le caractère complexe du processus de mise en œuvre du droit international dans les cantons suisses, et sur le fait qu'il doit constamment être remis sur le métier. Grâce à l'observation et la catégorisation de certains éléments de ce processus, la présente thèse a permis d'en comprendre la grande diversité. Alors qu'à première vue, la mise en œuvre du droit international par les cantons peut s'apparenter à un

1596 Projet FNS 182148.

enchaînement mécanique de décisions et d'actions, nos recherches montrent que rien n'est évident en pratique. Au contraire, la démarche se développe en combinant et en imbriquant des mécanismes plus ou moins techniques avec des conditions et facteurs politiques.

# 11. Annexe : liste des entretiens effectués

| Personne interrogée | Fonction | Date de l'entretien |
|---|---|---|
| Simon Röthlisberger | Secrétaire général de la Fondation « Assurer l'avenir des gens du voyage suisses » | 15 mai 2019 |
| Christian Haag | Ancien juriste au service juridique de l'État de Neuchâtel | 7 octobre 2019 |
| Etienne Roy | Préfet du Jura nord vaudois et médiateur pour les gens du voyage | 14 octobre 2019 |
| Céline Martin | Chercheuse senior (PostDoc) à l'Université de Bâle | 6 octobre 2020 |
| Thea Bächler | Collaboratrice scientifique à l'Institut du fédéralisme | 6 octobre 2020 |
| Beat Rudin | Préposé à la protection des données du canton de Bâle-Ville | 11 janvier 2021 |
| Georg Mattmüller | Député socialiste (BS) et directeur du Behindertenforum | 18 janvier 2021 |
| Jeanne Ramseyer | Collaboratrice scientifique au sein de l'Unité Projets législatifs I de l'OFJ | 22 février 2021 |
| Christian Schöbi | Vice-président du Tribunal cantonal du canton de St-Gall | 10 mars 2021 |
| Hanspeter Pfenninger | Coordinateur Schengen/Dublin auprès de la Conférence des gouvernements cantonaux | 19 mars 2021 |
| Thomas Thentz | Collaborateur scientifique auprès du BFEG | 22 juillet 2021 |
| Patricia Schulz | Ancienne directrice du BFEG | 26 juillet 2021 |

*Sur l'auteure:*
Constance Kaempfer est titulaire d'un bachelor et d'un master en droit obtenus auprès de l'Université de Fribourg, d'un LLM obtenu au Collège d'Europe de Bruges et du brevet d'avocat, obtenu dans le canton de Vaud. Elle a mené sa recherche doctorale auprès de l'Université de Lausanne sous la direction de la Professeure Evelyne Schmid. Elle est actuellement chercheuse FNS senior auprès de la même université.

La présente thèse de doctorat a été soutenue le 6 mai 2022 la Faculté de droit de l'Université de Lausanne. Le jury, composé de la Professeure Evelyne Schmid (directrice de thèse), de la Professeure Judith Wyttenbach, de la Professeure Anna Petrig, de la Professeure Véronique Boillet et du Professeur Francesco Maiani, a admis cette thèse avec la mention *summa cum laude*.

*sui generis* est une association consacrée à la promotion du libre accès à la littérature juridique, aux décisions de justice, aux décisions officielles et aux documents juridiques. Depuis 2014, une revue juridique en libre accès est publiée sous le label *sui generis*. La maison d'édition *sui generis* a été fondée en 2019.

Les ouvrages juridiques qui sont publiés dans cette collection sont mis à la disposition d'un large public et sont publiés à la fois sous forme imprimée et en ligne. La version numérique est accessible librement dans le monde entier (Open Access). Les droits d'auteur appartiennent aux auteurs ; les œuvres sont publiées sous une licence Creative Commons.

Précédemment publiés dans la collection *sui generis* :

039 – Ruedi Ackermann: **Der Mietvertrag mit mehreren Mietern**
038 – Lukas Hussmann: **International anwendbare Streitgenossenschaftsgerichtsstände**
037 – Nils Reimann: **Foreign Electoral Interference: Normative Implications in Light of International Law, Human Rights, and Democratic Theory**
036 – Jeremias Fellmann: **Das Verbot von extremistischen Organisationen im schweizerischen Recht**
035 – Florent Thouvenin / Eva-Maria Messerle: **Zur Geschichte des Eigengebrauchs im schweizerischen Urheberrecht – Entwicklung, Erkenntnisse, Quellen**
034 – Nora Camenisch: **Journalistische Sorgfalt: Rechtliche und medienethische Anforderungen**
033 – Joséphine Boillat / Stéphane Werly: **20 ans de la transparence à Genève**
032 – Nicolas Leu: **Kritik der objektiven Zurechnung**
031 – Martin Klingler: **Füllung der Gesetzeslücken im schweizerischen Adhäsionsverfahren**
030 – Christoph Mettler: **Der Anscheinsbeweis im schweizerischen Zivilprozess**
029 – Simone Walser / Nora Markwalder / Martin Killias: **Tötungsdelikte in der Schweiz von 1990 bis 2014**
028 – APARIUZ XXIII: **Recht in der Krise**
027 – Maja Łysienia: **Seeking Convergence?**
026 – Marc Thommen: **Introduction to Swiss Law** (2nd edition, 2022)
025 – Severin Meier: **Indeterminacy of International Law?**
024 – Marina Piolino: **Die Staatsunabhängigkeit der Medien**

023 – Reto Pfeiffer: Vertragliche Rechtsfolge der «Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» (Artikel 8 UWG)
022 – Nicole Roth: Miteigentum an Grundstücken und einfache Gesellschaft
021 – Roger Plattner: Digitales Verwaltungshandeln
020 – Raphaël Marlétaz: L'harmonisation des lois cantonales d'aide sociale
019 – APARIUZ XXII: Unter Gleichen
018 – Kristin Hoffmann: Kooperative Raumplanung: Handlungsformen und Verfahren
017 – Monika Pfyffer von Altishofen: Ablehnungs- und Umsetzungsraten von Organtransplantationen
016 – Valentin Botteron: Le contrôle des concentrations d'entreprises
015 – Frédéric Erard: Le secret médical
014 – Stephan Bernard: Was ist Strafverteidigung?
013 – Emanuel Bittel: Die Rechnungsstellung im schweizerischen Obligationenrecht
012 – Christoph Hurni / Christian Josi / Lorenz Sieber: Das Verfahren vor dem Berner Kindes- und Erwachsenenschutzgericht
011 – Lorenz Raess: Court Assistance in the Taking of Evidence in International Arbitration
010 – David Henseler: Datenschutz bei drohnengestützter Datenbearbeitung durch Private
009 – Dominik Elser: Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben

Les livres 001 – 008 sont publiés par la maison d'édition *Carl Grossmann*.

Cet ouvrage est publié dans la collection *sui generis,*
éditée par Marc Thommen.

1ère édition 15 Juillet 2023


L'étape de prépresse de cette publication a été soutenue par le Fonds national suisse de la recherche scientifique.

ISBN 978-3-907297-40-7
DOI 10.38107/040
Lectorat : Jean Perrenoud
Graphisme : Müller+Hess, Basel
Imprimerie : Ebner & Spiegel, Ulm

www.suigeneris-verlag.ch

040

# LES MÉCANI
# EN ŒUVRE I
# INTERNATIO
# CANTONS SU

Le droit international dépend dans une large mesure des ordres juridiques internes des États pour déployer des effets. Ainsi, l'adoption d'un traité international constitue souvent le point de départ d'un long processus de mise en œuvre qui prendra place au sein des différents États parties au traité. En Suisse, pour des raisons inhérentes aussi bien au droit international qu'à l'ordre juridique interne, les parlements cantonaux sont souvent en charge de mettre en œuvre ces normes.

Dans ce contexte, cet ouvrage cherche à identifier et à analyser les mécanismes internes qui encouragent l'engagement des parlementaires des cantons suisses avec le droit international. Pour y parvenir, l'auteure s'intéresse à la manière dont différentes obligations internationales sont mises en œuvre dans les cantons.

Ce travail tend à reconcilier le global avec le local en mettant en avant des possibilités concrètes d'améliorer la mise en œuvre du droit international au niveau infranational.

sui generis
ISBN 978-3-907297-40-7
DOI 10.38107/040